

ISSN Online: 1982-0895
Ano. XVI, N. 31, Jan/Jul
2022

Revista

FESP Faculdades

Periódico de Diálogos Científicos



FESP
FACULDADES

FACULDADES DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA

Revista FESP Faculdades: periódico de diálogos científicos

EXPEDIENTE

Diretor Presidente: Luiz Henrique dos Santos Barbosa
Diretora Acadêmica: Heloysa Helena de Oliveira Tomé
Diretor Administrativo: Flávio Emanuel Ismael Uchoa

COORDENADORIAS

Coordenação do Curso de Direito: Gabriella Henriques da Nóbrega
Coordenação do CEJUSC I e II: Pablo Juan Nóbrega da Silveira
Coordenação de Monitoria e Estágio: Pablo Juan Nóbrega da Silveira
Coordenação de Pesquisa e Extensão: Maria do Socorro da Silva Menezes
Coordenação de TCC: Maria do Socorro da Silva Menezes

DIREÇÃO EDITORIAL

Maria do Socorro da Silva Menezes

COMITÊ EDITORIAL FESP

Heloyssa Helena de Oliveira Tomé
Maria do Socorro da Silva Menezes
Gabriella Henriques da Nóbrega
Naima Gomes Vilôr

REVISÃO

Maria do Socorro da Silva Menezes

ILUSTRAÇÃO

Naima Gomes Vilôr

DIAGRAMAÇÃO

Naima Gomes Vilôr

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista FESP Faculdades: periódico de diálogos científicos / Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Graduação em Direito. – ano. XVI, n. 31, Jan/Jul – João Pessoa - PB, 2022.

Semestral

Resumo em: Português e Inglês

ISSN Online: 1982-0895

1. Direito - Periódicos. 2. Artigos Científicos. 3. Universitários. I. Faculdade de Ensino Superior da Paraíba.

BC/FESP

Ficha catalográfica elaborada pela biblioteca da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba

Como citar algum artigo desta revista:

SOBRENOME DO AUTOR, nome do autor. Título do artigo. In: **Revista da FESP: periódico de diálogos científicos**. [online]. 2020, ano. XIII, n. 27, p. 01-230. ISSN Online: 1982-0895. Disponível em: <http://www.revistadaFESP.com.br>. Último acesso: (preencha aqui com a data de último).

SUMÁRIO

EDITORIAL	05
KANT E O IDEALISMO ALEMÃO (UMA RELEITURA DO ARTIGO KANT E O IDEALISMO ALEMÃO) KANT AND GERMAN IDEALISM (A REVIEW OF THE KANT ARTICLE AND GERMAN IDEALISM) Flamarion Tavares Leite	08
O “CENTRO DE REEDUCAÇÃO FEMININA JÚLIA MARANHÃO” E O PARADIGMA DO CUMPRIMENTO DAS REGRAS DE BANGKOK - REGRAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O TRATAMENTO DE MULHERES PRESAS THE “CENTRO DE REEDUCAÇÃO FEMININA JÚLIA MARANHÃO” AND THE PARADIGM OF COMPLIANCE WITH THE BANGKOK RULES - UNITED NATIONS RULES FOR TREATING WOMEN IN PRISON Amanda Souza de Santana Arnaldo Sobrinho de Morais Neto	31
O PAPEL DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NA LUTA PELA MORADIA E PELA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA REURB-S À LUZ DA LEI 13.465/17 THE ROLE OF SOCIAL MOVEMENTS IN THE STRUGGLE FOR HOUSING AND THE SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY IN REURB-S IN THE LIGHT OF LAW 13.465/17 Antônio Upiraktan Santos Welison Araújo Silveira	53
MEDIAÇÃO VÍTIMA-OFENSOR COMO UM INSTRUMENTO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL VICTIM-OFFENDER MEDIATION AS AN INSTRUMENT OF RESTAURATIVE JUSTICE IN THE FRAMEWORK OF CRIMINAL LAW Jozarllyson da Silva Rodrigues Camilla de Araújo Cavalcanti	75
SEGURANÇA JURÍDICA E PRESERVAÇÃO DA ISONOMIA: UMA ANÁLISE ACERCA DAS DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO A REINTEGRAÇÃO DE MILITARES LEGAL SECURITY AND PRESERVATION OF ISONOMY: AN ANALYSIS ABOUT JUDICIAL DECISIONS INVOLVING MILITARY REINTEGRATION José Valter dos Santos Lima Kerolinne Barboza da Silva	92
CRIMES CONTRA ANIMAIS: ESTUDO SOB A ÓTICA DO DIREITO AMBIENTAL CRIMES AGAINST ANIMALS: STUDY FROM THE VIEW OF AMBIENTAL LAW Kananda Stefany E. dos Santos Maria do Socorro da Silva Menezes.....	112
PARTICIPAÇÃO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA LICITAÇÃO PÚBLICA PARTICIPATION OF MICRO AND SMALL COMPANIES IN PUBLIC BIDDING	

Luciano Bezerra Ferreira
Luciana Vilar de Assis..... 132

TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS: JULGADOS EM QUE OS ANIMAIS SÃO PROTAGONISTAS DAS DECISÕES

LEGAL GUARANTEE OF ANIMALS: JUDGES IN WHICH ANIMALS ARE PROTAGONISTS OF DECISIONS

Nina Izaura de Azevedo Maciel
Maria do Socorro da Silva Menezes..... 155

REFUGIADOS DO ORINOCO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE O PROCESSO DE ACOLHIMENTO WARAO VENEZUELANO EM CAMPINA GRANDE/PB

REFUGEES FROM ORINOCO: A CASE STUDY ON THE WARAO VENEZUELANO WELCOME PROCESS IN CAMPINA GRANDE/PB.

Perilo Holanda de Lucena
Handerson Gleber de Lima Cavalcanti..... 175

O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR FRENTE À REALIDADE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

THE PRINCIPLE OF CONSUMER VULNERABILITY IN FRONT OF THE REALITY OF TELECOMMUNICATIONS SERVICES CONSUMER RELATIONS

Renan Teixeira Freire
Ricardo Sérvulo Fonsêca da Costa..... 193

O MECANISMO DE RESERVAS DE COTAS DE CANDIDATURAS NO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO E SEUS EFEITOS SÓCIO-JURÍDICOS

THE APPLICATION QUOTA RESERVATION MECHANISM IN THE BRAZILIAN ELECTORAL SYSTEM AND ITS SOCIO-LEGAL EFFECTS

Suely de Barros Miranda
Ricardo Sérvulo Fonseca da Costa..... 211

EDITORIAL

Os artigos que compõem o volume I da 31ª edição da Revista da FESP Diálogos de Periódicos Científicos foram selecionados de modo a atender ao objetivo de promover reflexões, debates e inspirar novos pesquisadores a trilhar o caminho da investigação científica sobre temas jurídicos de complexidade e natureza diversas.

Atendendo a essa perspectiva, a autora Josélia de Araújo Marinho em coautoria com a professora Gabriella Henrique da Nóbrega, apresentam pesquisa sobre as “consequências jurídico-processuais decorrentes da quebra da cadeia de custódia da prova”, demonstrando que a cadeia de custódia da prova coaduna-se com o devido processo legal, corolário do sistema acusatório, estando também em observância ao princípio da ampla defesa e contraditório, aspectos que denotam a importância do assunto dessa pesquisa na área do direito penal.

O direito ambiental surge em evidência na produção científica do autor Eduardo Jorge Soares Ferreira, em coautoria com a professora Maria do Socorro da Silva Menezes, sobre os “impactos ambientais urbanos: um olhar jurídico sobre o caso da comunidade São Rafael em João Pessoa-PB”, estudo sobre uma realidade concreta em que os pesquisadores concluem que a situação identificada, assemelha-se ao que ocorre na maioria das cidades brasileiras, havendo ocupação desordenada, carência de infraestrutura, degradação ambiental e várias ordens e magnitudes.

O direito administrativo é alvo de análise na pesquisa feita pelo autor Gabriel Mário Almeida Santos, em coautoria com a professora Luciana Vilar de Assis, em torno da temática “insegurança dos contratos administrativos: gestão de riscos e efetividade da fiscalização no Município de João Pessoa de 2018 a 2019”, em que foram tomados como objeto de estudo a análise dos contratos, empenhos, proposta vencedora, jurisprudência e outros documentos no período de 2018 a 2019 da agricultura familiar na PMJP e da educação escolar na SEDEC.

O autor Luiz Guilherme da Silva Inácio em coautoria com o professor Rogério Coutinho Beltrão apresenta produção científica sobre “a teoria da carga dinâmica do ônus da prova e o direito ao processo justo” demonstrando que em face das peculiaridades dos casos concretos, que se apresentam a justiça trabalhista, juntamente com o histórico de hipossuficiência das relações de trabalho, a teoria estática do ônus da prova, como regra na distribuição não cumpre com os mandamentos constitucionais e principiológicos por si só, sendo necessário

considerar a teoria da carga dinâmica do ônus da prova como forma suplementar de alcançar a justiça.

A temática “agricultura familiar como ferramenta de promoção do direito humano à alimentação adequada” é resultado da pesquisa empreendida pela autora Stefany Dávila Gomes em coautoria com a professora Kerolinne Barboza da Silva, esclarecendo que diante do cenário de não efetividade do direito humano à alimentação adequada, a agricultura familiar, com base na agroecologia e na sustentabilidade, mostra-se um aparato na promoção do direito humano, fazendo-se necessário investimento, de ordem pública e privada, para o desenvolvimento de seu pleno potencial.

O autor Arthur Alisson Dantas Ferreira em coautoria com a professora Herleide Herculano Delgado apresentam uma “análise do aumento do número de casos de violência contra a mulher no Brasil: correlação entre o ato criminoso e a determinação do isolamento social devido à pandemia do novo coronavírus (COVID-19)”, na qual os dados estatísticos reunidos demonstram, que o isolamento social aumentou, de fato, o índice de violência contra a mulher elevado e que ações devem ser promovidas a fim de auxiliar tal parcela da população diante dessa situação.

Sob a ótica do direito constitucional, o autor Hiury Évines de Souza Lucena em coautoria com o professor Ricardo Sérvulo Fonseca da Costa, fazem uma discussão sobre “o instituto do atendimento domiciliar público no Brasil: suas limitações e ferramentas subsidiárias de implementação”, mostrando sob o ponto de vista técnico, jurídico e político, a possibilidade da inserção do sistema de atendimento médico domiciliar no tratamento convencional executado pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

No direito de família, o tema “a guarda compartilhada em confronto com a violência doméstica e com a alienação parental” é tratado pela autora Thatyanna Alinne Correia de Carvalho Costa em coautoria com o professor Márcio Accioly de Andrade, cuja conclusão indica que, em não havendo intervenção jurídica para inibir e coibir essas ações, estes filhos, tornar-se-ão adultos com comportamentos desajustados, inseguros e, muitas vezes, repetirão o mesmo padrão comportamental dos genitores.

Assunto cujo debate merece ser reforçado é abordado pelo autor Mateus Silveira Xavier em coautoria com a professora Camilla de Araújo Cavalcanti, na pesquisa sobre a “vulnerabilidade social da população em situação de rua:

mecanismos de amparo no direito constitucional que possibilitam seu enfrentamento”, trazendo uma abordagem com olhar sensível e crítico em relação à assistência social, à efetivação das garantias constitucionais previstas para tal população, e os avanços ou retrocessos das políticas públicas voltadas para essa camada social.

Buscando evidenciar o que prescreve a lei 13.431/2017, suas garantias, eficácia e desafios, a autora Chrystiane do Nascimento Souza em coautoria com o professor Pedro Ivo Soares Bezerra, pesquisaram sobre a temática “violência sexual intrafamiliar na infância e adolescência: estudo do depoimento especial (procedimento de oitiva)”, demonstrando que a referida legislação, reforça um conjunto de práticas legislativas, jurídicas e, sobretudo, políticas, visando a valorização da palavra da vítima, o direito dela se expressar e de ser ouvida e, sobretudo, do reconhecimento da sua condição de titular de direito.

Percebe-se nos trabalhos apresentados, a diversidade de abordagens atinentes aos temas tratados pelos pesquisadores, mostrando que o desenvolvimento da ciência jurídica, a autonomia dos pesquisadores na abordagem, o rigor metodológico na forma de tratamento dos dados e apresentação dos resultados, são aspectos prevalentes na seleção dos trabalhos avaliados que compõem essa publicação.

Por todas essas razões, parablenizo os pesquisadores por suas contribuições para com a pesquisa científica, e também aos acadêmicos da Fesp Faculdades e de outras instituições de ensino superior que passam a contar com essa fonte de estudo, para robustecer seus conhecimentos na esfera jurídica e servir de fonte de inspiração para seus estudos.

Prof^a M.e. Maria do Socorro da Silva Menezes

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS DECORRENTES DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA*

LEGAL AND PROCEDURAL CONSEQUENCES ARISING FROM THE BREAKING OF THE CHAIN OF CUSTODY OF THE EVIDENCE

JOSÉLIA DE ARAÚJO MARINHO**
GABRIELLA HENRIQUES DA NÓBREGA***

RESUMO

O instituto cadeia de custódia foi inserido no Código de Processo Penal com o advento da Lei nº 13.964/2019, denominada popularmente como Pacote Anticrime, tendo por objetivo precípuo assegurar o registro e o rastreamento da prova pericial, desde sua coleta no local do delito, registro de quem teve acesso ou realizou o manuseio da evidência, até o seu perecimento, visando garantir a integridade dos vestígios de determinado crime. O artigo em questão teve por objetivo analisar as consequências jurídico-processuais decorrentes da quebra da cadeia de custódia da prova. As discussões doutrinárias sobre o tema tem se intensificado cada vez mais. Há duas correntes doutrinárias que versam sobre o assunto ora apresentado, uma delas pugna que a quebra da cadeia resulta na inadmissibilidade da prova, já a outra posição defende que a quebra ensejará na diminuição do valor probatório. Resta evidente a problemática que norteia este estudo, uma vez que a prova se constitui em um direito fundamental, devendo ser resguardada e preservada, principalmente em um Estado Democrático de Direito. Este trabalho foi elaborado metodologicamente com base na técnica da pesquisa bibliográfica, colhendo dados na doutrina e em pesquisas na forma de artigos, monografias, dissertações e teses para alcançar o objetivo geral pretendido. Também se fez uso da pesquisa documental, uma vez que foram realizadas leituras e fichamentos de trechos da Constituição Federal de 1988, Código de Processo Penal de 1941, bem como Lei nº 13.964 de 2019. O método de análise foi o dedutivo e a abordagem qualitativa, uma vez que a interpretação do objeto de estudo foi subjetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Cadeia de Custódia. Inadmissibilidade da Prova. Consequências Jurídico-Processuais.

ABSTRACT

The chain of custody institute was inserted into the Code of Criminal Procedure with the enactment of Law nº 13.964/2019, popularly known as the Anti-Crime Package, with the main objective of ensuring the registration and tracking of expert evidence,

* Trabalho elaborado para atender exigência curricular para conclusão do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba - FESP, sob a orientação da Profª M.e. Gabriella Henriques da Nóbrega, na área de direito penal, semestre 2021.2.

** Aluna regularmente matriculada sob o nº 2017110092 no 10º período do Curso de Direito da FESP – Faculdades. 2021.2. E-mail: joseliamarinhopb@gmail.com

*** Orientadora e Professora do Curso de Direito da FESP – Faculdades; Perita Oficial Criminal da Polícia Civil no Instituto de Polícia Científica da Paraíba, atualmente exercendo a função de Chefe de Núcleo de Criminalística; Mestre em Perícias Forenses pela Universidade Estadual de Pernambuco. E-mail: gabriellanobrega@gmail.com

from its collection at the place of crime, record of who had access to or handled the evidence, until its death, in order to guarantee the integrity of the traces of a particular crime. The article in question aimed to analyze the legal and procedural consequences arising from the breach of the evidence's chain of custody. Doctrinal discussions on the subject have been intensifying more and more. There are two doctrinal currents that deal with the subject presented here, one of them argues that the breaking of the chain results in the inadmissibility of the evidence, while the other position defends that the break will lead to a decrease in the evidential value. The problematic that guides this study remains evident, since the proof is a fundamental right, and must be protected and preserved, mainly in a Democratic State of Law. This work was methodologically elaborated based on the technique of bibliographical research, collecting data in the doctrine and in research in the form of articles, monographs, dissertations and theses to reach the intended general objective. Documentary research was also used, since readings and records of excerpts from the Federal Constitution of 1988, Code of Criminal Procedure of 1941, as well as Law n. 13,964 of 2019. The method of analysis was the deductive and the qualitative approach, since the interpretation of the object of study was subjective.

KEYWORDS: Criminal Law. Chain of Custody. Inadmissibility of the Evidence. Legal and Procedural Consequences.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo teve por objetivo analisar as consequências jurídico-processuais decorrentes da quebra da cadeia de custódia da prova. As discussões doutrinárias sobre o tema tem se intensificado cada vez mais. Há duas correntes doutrinárias que versam sobre o assunto ora apresentado, uma delas pugna que a quebra da cadeia resulta na inadmissibilidade da prova, já a outra posição defende que a quebra ensejará na diminuição do valor probatório. Resta evidente a questão problema que norteia este estudo: Que consequências jurídico-processuais decorrentes da quebra da cadeia de custódia da prova podem ser apontadas?

Essa delimitação do problema leva em consideração o fato de que a prova se constitui em um direito fundamental, devendo ser resguardada e preservada, principalmente em um Estado Democrático de Direito. Frisa-se que o instituto da cadeia de custódia foi inserido no Código de Processo Penal com o advento da Lei n. 13.964 de 2019, denominada popularmente como Pacote Anticrime, tendo por objetivo precípuo assegurar o registro e o rastreamento da prova pericial, desde sua coleta no local do delito, registro de quem teve acesso ou realizou o manuseio da evidência, até o seu perecimento, visando garantir a integridade dos vestígios de determinado crime, sendo essa a hipótese tomada na direção do estudo do problema em questão.

Concernente à preservação das informações coletadas, a cadeia de custódia

permite documentar a cronologia das evidências, com o intuito de garantir a inviolabilidade do material, lacrar as evidências, restringir acesso, para que não seja perdida a confiança no elemento probatório. Ademais, a cadeia de custódia da prova coaduna-se com o devido processo legal, corolário do sistema acusatório, estando também em observância ao princípio da ampla defesa e contraditório, aspectos que denotam a importância do assunto dessa pesquisa na área do direito penal.

No seu delineamento metodológico contemplou o emprego da técnica da pesquisa bibliográfica, colhendo dados na doutrina e em pesquisas na forma de artigos, monografias, dissertações e teses para alcançar o objetivo geral pretendido. Também se fez uso da pesquisa documental, uma vez que foram realizadas leituras e fichamentos de trechos da Constituição Federal de 1988, Código de Processo Penal de 1941, bem como Lei nº 13.964 de 2019. O método de análise foi o dedutivo e a abordagem qualitativa, uma vez que a interpretação do objeto de estudo foi subjetiva.

Ao longo deste estudo buscou-se, inicialmente, fazer uma breve incursão acerca da evolução histórica da investigação criminal no Brasil. Em uma segunda seção foi apresentada a conceituação de Prova no âmbito do Direito Processual Penal, sendo esta vislumbrada enquanto direito fundamental. Também foram tecidas conспirações acerca da ampla defesa e contraditório, bem como sobre a busca pela verdade real na instrução processual. Por fim, na última seção do estudo foram analisadas as possíveis consequências jurídicas e legais em decorrência da quebra da custódia da prova.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

A presente seção versa sobre a evolução histórica da investigação criminal no Brasil, traçando um breve panorama acerca da investigação no Código Criminal do Império de 1830, Código de Processo Criminal de 1832, Código de Processo Penal de 1941 e com o advento da Constituição Federal de 1988, ou seja, desde as primeiras normas aplicadas até os dias atuais.

De acordo com Carneiro (2017) os colonizadores portugueses, quando do descobrimento do Brasil, encontraram a terra habitada por uma civilização sem qualquer avanço jurídico considerável (civilização indígena). As penas impostas pelos índios àqueles que transgredissem normas de convívio empregadas na tribo, consistiam, via de regra, em tortura, morte ou banimento. A evolução já sentida na

Europa não havia encontrado qualquer paralelo na primitiva comunidade brasileira. Aqui, as penas eram aplicadas sem critérios ou proporcionalidade e tinham a característica de simples vingança privada (CARNEIRO, 2017).

Nesse contexto, face à inexistência de normas processuais penais próprias, do descobrimento do Brasil, em 1500, e até o ano de 1830, o combate à criminalidade foi realizado com base nas Leis de Portugal, denominadas Ordenações do Reino. Desta forma, inicialmente foram aplicadas no Brasil as Ordenações Afonsinas de 1446 (época de D. Afonso V), seguidas pelas Ordenações Manuelinas de 1521 (vigentes na época de D. Manuel I) e, finalmente, vigoraram no Brasil, de 1603 até o ano de 1830, as Ordenações Filipinas (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2018).

As Ordenações Afonsinas tinham métodos investigatórios distintos: o inquérito (com a participação do acusado) e a denominada devassa, na qual o procedimento se iniciava de ofício e não havia participação do acusado. No ano de 1521, período em que ocorreram as Ordenações Manuelinas (em 1521), os processos criminais tinham início por intermédio de querelas juradas, denúncias, ou por inquirições devassas. Em seu livro V constavam as disposições relativas ao direito penal e processual penal (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2018). Nessa época, o promotor de justiça cumulava funções cíveis e criminais, visando a preservar a jurisdição e a justiça. Santin (2017) destaca, ainda, que, embora o promotor de justiça detivesse acentuadas funções criminais, não tinha participação na apuração dos delitos.

As Ordenações Filipinas, por sua vez, tiveram o maior tempo de vigência durante o Brasil colônia, vigorando de 1603 ao ano de 1830. Tal ordenamento foi caracterizado por penas cruéis e desproporcionais, fixadas em seu famoso Livro V, ensinando Marques (2000, apud CARNEIRO, 2017, p. 107) acerca do tema, que:

Era no famoso Livro V, de malsinada memória em virtude de seus preceitos desumanos e bárbaros, que vinha regulado, nos seus institutos básicos, o procedimento penal. Sob o signo de seu sistema normativo, cruel e despótico, ali se acasalavam um Direito Penal retrógrado e sanguinário, com regras processuais inquisitivas, consubstanciadas, sobretudo nas tristemente famosas inquirições devassas.

A atividade policial era realizada por moradores e controlada pelos “alcaldes” e, ato contínuo, pelos “juizes da terra”. O procedimento investigatório era iniciado por intermédio das “devassas” ou por “querelas”. Havia, anualmente, a realização de uma devassa geral, visando-se à apuração de crimes incertos (SANTIN, 2017). Conforme

o referido autor, as Ordenações Filipinas previam, ainda, a realização da denominada devassa especial, a qual visava a apurar a autoria de crimes certos, sendo que este procedimento investigatório deveria ter início no prazo máximo de oito dias após a prática do ato definido como crime.

A querela representava uma denúncia feita ao juízo competente acerca da prática de um ato delituoso de interesse público ou particular. Tanto no caso das devassas, quanto nas hipóteses de querela, os atores investigatórios – em especial a colheita de provas testemunhais – corriam sem a participação do acusado, o qual somente poderia exercitar o contraditório na fase de julgamento, oportunidade em que, novamente, deveriam ser ouvidas as testemunhas (CARNEIRO, 2017).

Descoberto o autor do crime, ocorria a pronúncia (prisão do réu em caso da existência de provas suficientes), passando-se às fases de acusação e julgamento. A sentença, uma vez proferida, deveria ser publicada, sendo interessante registrar que, caso fixasse pena de morte, o réu era intimado para se preparar espiritualmente e dispor da terça parte de seus bens. O cenário referente à adoção de penas cruéis e dos métodos inquisitivos de investigação começou a sofrer alterações com a propagação dos ideais liberais da Europa, implicando modificações no ordenamento jurídico português e, conseqüentemente, no panorama jurídico brasileiro (SANTIN, 2017).

Assim, em 1821, as Cortes portuguesas, extinguem as devassas gerais e, em 1822, no Brasil, o príncipe Dom Pedro I determina que os juízes criminais passem a observar as normas contidas na Constituição da monarquia portuguesa de 1821, dos quais resultaram, aos acusados, as seguintes garantias: I – nenhum indivíduo deveria ser preso sem culpa formada; II – nenhuma lei, especialmente a penal, seria imposta sem absoluta necessidade; III – Toda pena deveria ser fixada ao delito, e nenhuma poderia passar da pessoa do condenado (CARNEIRO, 2017).

Na mesma ocasião, foram abolidas penas como as de confiscações de bens, de infâmia, de açoitamento, de tortura, de ferro quente, dentre outras consideradas infamantes. Mas, somente com a edição do código criminal do império, em 1830, permitiu-se de forma efetiva que a legislação penal brasileira fosse sistematizada e tornada mais humanitária.

2.1 CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO DE 1830 E CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DE 1832

O movimento liberalista europeu culminou por gerar reflexos diretos no cenário legislativo e governamental brasileiro, onde se iniciou um período de oposição e gradativo desligamento de regimes opressores, bem como dos sistemas inquisitivos de investigação e aplicação da legislação penal, os quais desrespeitavam por inteiro os mais básicos direitos humanos (BUENO, 2016).

Com a proclamação da independência do Brasil, em 1822, tornou-se ainda mais necessária à elaboração de uma Constituição que encampasse por vez, o ideal liberal então em pauta na Europa. Em 25 de março de 1824, foi outorgada a Constituição Política do Império que, em seu artigo 179 definia os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, os quais estatuíam preceitos bem diversos daqueles elencados no Livro V das Ordenações Filipinas (CARNEIRO, 2017).

A escravidão, entretanto, foi mantida, e perdurou durante praticamente todo o período imperial. Desta alteração no cenário pátrio, abriu-se o caminho para rejeição das leis opressoras utilizadas pela monarquia portuguesa, do que resultou a edição do Código Criminal do Império de 1830 (BUENO, 2016).

Originado do projeto elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcellos, o Código Criminal de 1830 constituiu considerável avanço legislativo penal, criando institutos jurídicos ainda hoje utilizados pela legislação pátria e estrangeira (o dia multa, por exemplo). Referido diploma, entretanto, ainda guardava resquícios de crueldade, nesse ponto, registra-se o pensamento de Barros (2016, p. 87):

[...] que neste Código foram mantidas algumas espécies de sanções cruéis, entre as quais a pena de morte, contrariando assim, o espírito iluminista encampado pela Constituição de 1824. Isso porque o costume posto em prática na época pedia para outra realidade, pois *liberté, égalité e fraternité*, não eram princípios pregados em prol de todo povo brasileiro, mas somente, em favor da sociedade civil burguesa, mais especificamente para atender os interesses de proprietários de terras e de escravos.

Em 1832 foi promulgado o Código de Processo Criminal, primeiro diploma processual penal brasileiro. Instituíram o júri e a figura do juiz de paz, e a justiça eclesiástica passou a tratar apenas das questões religiosas. Houve a extinção dos juízes de fora e da jurisdição criminal que algumas autoridades mantinham desde a idade média (BUENO, 2016).

Foram estabelecidas normas de organização judiciária, sendo mantida a divisão territorial do país em distritos, termos e comarcas. Para cada distrito havia um juiz de paz, um escrivão, inspetores de quarteirão, e oficiais de justiça. Nos termos havia a presença de um conselho de jurados, de um juiz municipal e de um promotor público, do escrivão, das execuções do oficial de justiça. Finalmente, nas comarcas havia um juiz de direito ou mais, em conformidade com o número da população (CARNEIRO, 2017).

O juiz de direito, por sua vez, era nomeado pelo imperador. Marques (2000, *apud* CARNEIRO, 2017) relata que os procedimentos penais poderiam ser instaurados mediante queixa do ofendido, (ou de seu pai, mãe, tutor, curador, ou cônjuge), por intermédio de denúncia do Ministério Público ou de qualquer do povo, e, finalmente, por atuação *ex officio* do juiz, ressaltando ainda, o ilustre autor, que o Código de Processo Criminal de 1832, por conta das peculiaridades da época, constituía um estatuto conceitual de altos méritos.

2.2 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 E ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O atual Código de Processo Penal, somente foi promulgado em 3 de outubro de 1941, pelo Decreto Lei nº 3.689, passando a vigorar a partir de 1º de janeiro de 1942, segundo pontua Nogueira (2016). Nessa ocasião foi encerrada a denominada fase ruralista do direito processual penal brasileiro – iniciada com a Constituição em 1891 -, segundo a qual aos Estados Membros era conferida competência para legislar sobre direito processual.

Referida competência, passou a ser exclusiva da união, situação mantida pela Constituição Federal de 1988 (art. 22, I) prevista, entretanto, a competência concorrente com os Estados Membros para legislarem acerca de procedimentos. Foi preservado o inquérito policial, e, com ele, parte das tradições legislativas brasileiras, como afirma Marques (2000, *apud* CARNEIRO, 2017, p. 138), ao tratar do tema, que, “lamentavelmente foram preservado também, os arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito”.

O Código instituído na década de 1940 adotou o sistema processual penal acusatório (posição majoritária), preservando-se a igualdade entre as partes (acusação e defesa), a publicidade dos atos processuais, e a não cumulação das

funções de acusar, defender e julgar (cumulação típica do processo judicial inquisitivo) assinala Bueno (2016).

Oportuno registrar, entretanto, que, segundo Nucci (2019, p. 104) o sistema processual brasileiro é o misto, uma vez que a Constituição estabelece princípios de natureza acusatória, ao passo que o Código de Processo Penal de 1841, ainda em vigor, guarda natureza inquisitiva. Fazendo uso das respeitáveis considerações do ilustre professor, segundo o qual:

[...] é certo que muitos processualistas sustentam que o nosso sistema é acusatório. Mas baseiam-se, exclusivamente nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência, etc.) Entretanto, olvida-se nessa análise, o disposto no Código Penal, que prevê a colheita inicial da prova por meio do inquérito policial, presidido por um bacharel em direito, que é o delegado, com todos os requisitos de um sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente inscrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação, etc.) Somente após, ingressa-se com a ação penal, e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório.

Com a promulgação da Carta Maior de 1988, a qual instaurou um novo Estado brasileiro – certamente o mais democrático que já se teve –, alguns dispositivos originais do Código de 1941 não foram recepcionados. Assim sendo, o ordenamento jurídico pátrio passou a contar não somente com aqueles princípios dispostos no próprio Código processual penal, mas, também, com os denominados princípios constitucionais implícitos ou explícitos relativos à matéria em exame.

Referidos princípios tornaram a fase processual penal compatível com a ordem democrática de direito, afastando, por completo, quaisquer manifestações inquisitivas que ainda pudessem existir no ordenamento pátrio brasileiro na fase de ação penal, o que assegurou aos acusados em geral, o direito a ampla defesa e ao contraditório, em compatibilidade com a dignidade humana (CARNEIRO, 2017).

Nesse contexto, os resquícios de um procedimento inquisitivo ficaram limitados à fase do inquérito policial, o qual visa à apuração dos fatos e da autoria de delito. Entretanto, nenhum acusado será condenado sem que todas as provas colhidas durante a fase investigatória sejam submetidas ao

contraditório inerente à fase de instrução processual penal, já no curso da ação penal.

Frisa-se, portanto, que, tão somente com a Constituição de 1988, que consagrou o monopólio da ação penal pelo Ministério Público (art. 129, I), é que começou a ocorrer uma desjudicialização dos procedimentos investigatórios. Talvez por isso que, quando se pensa num Ministério Público investigativo, se imagine a figura de um magistrado fazendo diligências policiais. Porém, isto é uma ilusão causada por um passado que se caracterizou pela investigação sendo conduzida ou controlada pelos juízes, pois quem acusa e é parte, por óbvio, pode e deve participar da coleta de provas (CARNEIRO, 2017).

3 PROVA: CONCEITOS JURÍDICO-DOCTRINÁRIOS

O vocábulo prova possui origem etiológica do idioma latim, sendo chamada de “*probatio*”, derivada a partir do verbo “*probare*”. “Significa demonstrar, reconhecer, examinar, persuadir, todo o elemento que possa levar ao conhecimento de um fato, ou de alguém” (CAPEZ, 2018, p. 239). No tocante a sua definição jurídica, tem-se que:

Prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo (TÁVORA, 2016, p. 308).

As palavras de Bueno (2018, p. 233), corroboram a conceituação supra:

Prova é a palavra que deve ser compreendida para os fins que aqui interessam como tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais demais pedidos de prestação de tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento.

Conforme preceitua Nucci (2019) a prova, na seara do processo penal, tem como objetivo maior a reconstrução dos fatos que guardam vínculo com o ato ilícito, influenciando no convencimento do juiz. O direito à prova está elencado no rol das garantias do devido processo legal, princípio constitucional inserido no artigo 5º inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, que adotou um processo penal

acusatório, delineando a separação das funções de acusar, julgar e defender (BRASIL, 1988).

A prova não constitui uma obrigação ou um dever, mas sim, um ônus, um encargo. O ônus propicia a alternativa ao titular, que poderá atendê-lo ou não; se não o fizer sofrerá o prejuízo decorrente de sua inércia. De outro lado, a obrigação emerge de um comando legal que o obrigado tem o dever de cumprir. A prova é, portanto, um ônus processual (BARROS, 2016).

Corroborando com o entendimento acima, Nucci (2019) pontua que o ônus da prova deve ser compreendido como a responsabilidade da parte, que possui o interesse em vencer a demanda, na demonstração da verdade dos fatos alegados, de forma que, não o fazendo, sofrerá a “sanção processual”, consistente em não atingir a sentença favorável ao seu desiderato. Nesse sentido, Tourinho Filho (2017, p. 553) afirma que:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os seus elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, de que ocorreram desta ou daquela maneira.

Posto isso, o órgão acusatório deverá provar a existência do crime, bem como sua autoria. Corresponde assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a função de provar a materialidade do fato delitivo e sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade.

3.1 AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NA PRODUÇÃO DAS PROVAS

Lima (2020) aduz que em um sistema processual penal que tem por princípios balizares a presunção de inocência e o devido processo legal, que adotou o modelo acusatório, deve-se tutelar com muita acuidade a atividade probatória, assegurando-se para a defesa não somente conhecer a acusação, como também estar ciente dos meios e fontes de prova existentes.

A ampla defesa, que qualifica o contraditório, se transforma em plenitude de defesa (art. 5º da Constituição Federal de 1988). Pode-se considerar prova como o meio pelo qual se procura demonstrar que certos fatos, expostos no processo,

ocorreram conforme o descrito. Desta forma, ao julgar o mérito de determinada ação, o juiz examina o aspecto legal, ou seja, o direito e o aspecto fático (RANGEL, 2018).

De acordo com Távora e Alencar (2019), constitui-se como prova tudo aquilo que contribui para o convencimento do magistrado. Ela se relaciona com a veracidade dos fatos, dando destaque aos relevantes. Nessa tangente, é possível entender que a prova está diretamente ligada à investigação criminal, como institutos interligados pela história e pela natureza jurídica, de forma a esclarecer um determinado fato através do estudo de vestígios e evidências na cena do crime.

No que diz respeito à natureza jurídica, a prova está intrinsecamente relacionada à demonstração da verdade dos fatos, sendo inerente ao desempenho do direito de ação e de defesa. “É verdadeiro direito subjetivo com vertente constitucional para demonstração da realidade dos fatos” (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 346). Posto isto, no atual sistema processual penal é impossível condenar alguém sem que a existência de provas.

As normas atinentes às provas são de natureza processual, tendo aplicação imediata. Se o legislador disciplina um novo meio de prova, ou altera as normas existentes, tais alterações terão incidência instantânea, abarcando os processos já em curso (RANGEL, 2018). “Os crimes ocorridos antes da vigência da lei poderão ser demonstrados pelos novos meios de prova” (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 347).

A demonstração da verdade dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 345).

Os meios de prova típicos são aqueles previstos e regulados com procedimentos próprios nos ordenamentos processuais penais que são os seguintes: testemunhal, pericial, documental (RANGEL, 2018). Em geral, também o reconhecimento pessoal e de coisas se enquadram nesta classificação. Quanto aos meios de provas atípicos, são aqueles que não são essenciais aos processos criminais e, por isso, nem sempre estão previstos e regulados, podendo ser, assim, atípicos: acareação, reconstrução, reconstituição do crime. Indícios e presunções também podem ser tratados assim (DEZEM, 2018). Deve ser lembrado ainda o seguinte:

O Código de Processo Penal não traz de forma exaustiva todos os meios de prova admissíveis. Pode-se, nesse viés, utilizar as provas nominadas, que são aquelas disciplinadas na legislação, trazidas nos artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal - CPP, e também as inominadas, quer dizer, aquelas ainda não normatizadas (atípicas) permitem a utilização de meios probatórios não disciplinados em lei desde que, moralmente legítimos e não afrontadores do próprio ordenamento (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 349).

De acordo com o supradito, existam alguns pontos que devem ser observados no tocante a busca da verdade real, quais sejam, a vedação da leitura de documentos que não tenham sido juntados aos autos, com a observância do prazo mínimo estabelecido na lei (artigo 479, *caput*, CPP); a observância das mesmas exigências e formalidades da lei civil para a prova no que se refere ao estado das pessoas (artigo 155, parágrafo único, CPP); e a exigência do exame de corpo de delito para as infrações que deixarem vestígio (artigo 158, CPP).

Resta claro, portanto, que a produção de provas deve ser submetida ao contraditório, estabelecendo-se que não haja hierarquia entre elas, limitando a utilização das provas presentes nos autos e vedando a utilização das provas ilícitas e das que delas se derivam, consoante à inteligência do artigo 157, do Código de Processo Penal brasileiro.

3.2 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL E SUA RELAÇÃO COM AS PROVAS NA AÇÃO PENAL

De acordo com Nogueira (2016) na seara do processo penal, formulou-se a doutrina da verdade real, esta, criada com base na doutrina clássica, tendo como precursores Carnelutti e Ferrajoli. Conforme o referido autor, a verdade estaria no todo, porém, esse todo, dificilmente é alcançado pelo homem. Para solucionar tal impasse, busca-se a certeza, a probabilidade e a possibilidade.

No que concerne à busca da verdade na seara da ciência do direito, de imediato, revela-se a sua indiscutível importância para a aplicação da lei, sobretudo, no campo do direito processual, onde se destaca o vínculo que liga a reconstituição histórica dos fatos ao dever estatal de resguardar a prestação jurisdicional justa e adequada às provas dos autos.

A valoração e a motivação recaem sobre tudo que se apurou nos autos do processo. Corroborando com o exposto, Leão (2019, p. 55), entende que descobrir a verdade é oferecer conhecimentos capazes de “convencer alguém da existência ou inexistência de determinado fato, ou seja, uma relação de identidade, de adequação entre nosso pensamento e as coisas que constituem seu objeto”.

Observando que, ao poder judiciário cumpre aplicar o direito objetivo aos casos concretos, empregando, em síntese, a ideia de Kelsen, de que dado certo fato deve ser a respectiva consequência, entendeu-se que mesmo reconhecendo que “a verdade não constitui um fim em si mesmo, deve buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado” (KELSEN, 1979, p. 168, *apud* MELO, 2017, p. 16).

Com o advento do princípio da verdade real, busca-se estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa, numa investigação que não encontra restrições na forma ou na iniciativa das partes (MIRABETE, 2018). Ou seja, como é necessário encontrar o infrator, e este deve ser punido, o juiz pode ir buscar a prova para, dessa forma, alcançar o objetivo de manter a ordem e a paz social.

O princípio da verdade real, vigente no direito processual penal, encampa uma das maiores garantias reservada ao acusado, consistindo, ainda, um ideal a ser alcançado em nome da efetivação da justiça. De fato, uma ação penal implicará, no mais das vezes, no tolhimento de um dos maiores direitos inerentes ao ser humano –

o direito à liberdade – de forma que somente poderemos pensar em realização de Justiça ao atingirmos (ou buscarmos atingir), com todas as forças e da forma possível, o registro dos fatos conforme realmente ocorridos no caso concreto.

Insta registrar que emergiu da escola clássica do proeminente doutrinador Malatesta (2013, p. 23)¹ o entendimento de que:

Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior, quando mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estarmos de posse da verdade. Para se conhecer, portanto, a eficácia da prova, é preciso conhecer como se refletiu a verdade no espírito humano, é preciso conhecer, assim, qual o estado ideológico, relativamente à coisa a ser verificada, que ela induziu no espírito com sua ação.

Assim sendo, no processo penal, vigora o denominado princípio da verdade real, sendo oportuno exemplificar o alcance de seu teor novamente invocando a doutrina de Nucci (2019, p. 147), para quem, na esfera criminal, “ainda que o réu admita o teor da acusação, o juiz determinará a produção de provas, havendo um cuidado maior para não levar ao cárcere um inocente, visto que estão em jogo, sempre, interesses indisponíveis”.

4 A CADEIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO EFETIVADOR DO DIREITO À PROVA

A cadeia de custódia da prova tem seu início logo após o conhecimento do fato criminoso conforme expresso no Código de Processo Penal (art. 6º). Importante assinalar que o vocábulo cadeia significa encadeamento, continuidade, sequência. Reyes (2016, *apud* DÂMASO, 2020) conceitua a cadeia de custódia da prova o procedimento que tem por objetivo precípua garantir a integridade, conservação e inalterabilidade das evidências da prática do ilícito penal, envolvendo todas as etapas, desde o levantamento do lugar dos fatos a sua apresentação em juízo.

¹ Trata-se de obra publicada originalmente em 1894. Sendo da escola clássica do direito penal italiano, Malatesta trouxe a influência do iluminismo para o direito penal, contribuindo em muito para a produção de provas, com respeito ao direito de defesa, sendo, portanto, indispensável para os objetivos desse estudo a citação apresentada contida na edição mais recente da obra.

A cadeia de custódia da prova reflete “norma geral de direito probatório (devido processo legal), que transcende a prova pericial e irradia importantes efeitos em relação aos métodos ocultos de investigação, tal como a interceptação telefônica” (FULLER, 2020, p. 189).

Nesse sentido, tal instituto possui estreita relação com o direito à prova, o qual se constitui em uma garantia constitucional, estando inserido na ação, defesa e contraditório. O direito fundamental à prova tem fundamento constitucional na garantia do devido processo legal, a teor do art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, em seu sentido formal, por ter relação com a possibilidade de introduzir no processo as demonstrações de suas alegações sem qualquer vedação, a menos que prevista em lei. O direito fundamental à prova é um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal, aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório (NUCCI, 2019).

No que concerne aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o autor supracitado aduz o direito à prova é assegurado pelo Pacto de São José da Costa Rica (Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto 592 de 16 de dezembro de 1992), pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) e pela Declaração de Direitos e Liberdades Fundamentais (12 de abril de 1989).

4.1 REGULAMENTAÇÃO LEGISLATIVA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

A temática cadeia de custódia da prova não possuía a devida e expressa regulamentação legal processual penal. Anteriormente ao ano de 2019, era regida pela Portaria 82, de 16 de julho de 2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública, sendo que a doutrina penalista apontava sua previsão no art. 6º, inc. I e III do Código de Processo Penal, que versam sobre a necessidade de documentar sistematicamente a cadeia de custódia da prova.

A lei nº 13.964/2019 chamada popularmente ‘Pacote Anticrime’ incluiu a cadeia de custódia nos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal, cumpre frisar que, conforme o art. 158-B a cadeia de custódia abarca o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: I) reconhecimento; II) isolamento; III) fixação; IV) coleta; V) acondicionamento; VI) transporte; VII) recebimento; VIII) processamento; IX) armazenamento; X) descarte (BRASIL, 2019).

A referida legislação estabeleceu expressamente, no art. 158-C, *caput*, do CPP, que a coleta de vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, bem como o seu necessário encaminhamento à central de custódia, mesmo quando necessário algum exame complementar (BRASIL, 2019). Posto isto, os vestígios coletados, tanto em sede de inquérito policial quanto de processo penal, deverão obrigatoriamente ser remetidos à central de custódia, existente necessariamente em cada instituto de criminalística e com gestão vinculada diretamente ao órgão de perícia oficial de natureza criminal.

Já o art. 158-D do CPP fixa que em cada uma das etapas da cadeia de custódia deverão ser observadas as regras técnicas pertinentes, empregados os materiais necessários à preservação da regularidade do vestígio em questão, bem como adotados os protocolos exigidos de segurança (BRASIL, 2019). A lei nº 13.964 de 2019 instaurou a obrigatoriedade da existência da central de custódia em todos os institutos de criminalística, assim como a indispensabilidade da gestão ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

Por conseguinte, no art. 158-F, parágrafo único, do CPP preconiza-se que caso não haja espaço ou condições de armazenamento de certo material na central de custódia, incumbirá à autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal (BRASIL, 2019).

Verifica-se, pois, que lei nº 13.964/2019 modificou significativamente diversas partes do Código de Processo Penal, sendo está um verdadeiro marco para o instituto da cadeia de custódia da prova. Com seu advento foram criados parâmetros norteadores lastrados na lei para alcançar maior confiabilidade na prova produzida na persecução penal, dando-se ênfase a técnica do sistema probatório (CUNHA, 2020).

Em outras palavras, a cadeia de custódia tem por finalidade central preservar todas as etapas da prova a fim de possibilitar, em cada uma delas, o rastreamento dos fatos ocorridos e a verificação da legalidade e da licitude dos procedimentos. Por esse ângulo:

A cadeia de custódia exige o estabelecimento de um procedimento regado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para permitir a posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico. A preservação da cadeia de custódia exige grande cautela por parte dos agentes do estado, da coleta à análise, de modo que se exige o menor

número de custódios possível e a menor manipulação do material. O menor número de pessoas manipulando o material faz com que seja menos manipulado e a menor manipulação, conduz a menor exposição. Expor menos é proteção e defesa da credibilidade do material probatório (LOPES JÚNIOR; MORAIS DA ROSA, 2016, *on-line*).

Reforçando o supradito ensinam Lopes Júnior e Moraes da Rosa (2016, *on-line*), que a preservação das fontes de prova, por meio da efetiva manutenção da cadeia de custódia, está diretamente ligada ao âmbito da “conexão de antijuridicidade da prova ilícita”, garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal 1988, ensejando a inadmissibilidade da prova ilícita.

Os fundamentos da cadeia de custódia não se limitam a presumir a boa ou má-fé dos agentes estatais que manusearam a prova, igualmente, tem por meta garantir uma prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente. Nesse sentido é a lição de Prado (2014, p. 83)² explanando que “no caso de quebra da cadeia de custódia não se cogita perquirir sobre a boa ou má-fé dos agentes”.

A cadeia de custódia traz em seu bojo a exigência de um procedimento regrado, sistemática e formalizado, em que deverá ser documentada toda a cronologia existencial daquela prova, com o intuito de permitir a posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico (LOPES JÚNIOR; MORAIS DA ROSA, 2016). Contudo, havendo uma eventual irregularidade cometida no trajeto do vestígio que venha a impedir a lisura na apuração da legitimidade das fases da cadeia de custódia, ter-se-á hipótese de sua quebra, gerando implicações na validade dos elementos de convicção produzidos e materializados no laudo pericial.

4.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

Prado (2014) esclarece que há um sistema de controle da atividade probatória, no qual se busca assegurar a autenticidade de determinados elementos probatórios. Almeja-se, com este controle, coibir a adulteração da prova visando

² Não há publicação atualizada da obra citada sendo essa a sua primeira edição da qual foram extraídos recortes teóricos essenciais para corroborar o que está sendo analisado.

incriminar (ou isentar) um indivíduo da responsabilidade penal, tendo ainda o intuito de auxiliar no alcance da verdade real (LOPES JÚNIOR; MORAIS DA COSTA, 2016). A cadeia de custódia rege toda a documentação formal de um procedimento destinado a manter e armazenar a história cronológica de uma evidência. Sendo assim, tem seu fundamento:

No chamado princípio da ‘autenticidade da prova’, um princípio básico pelo qual se entende que determinado vestígio relacionado à infração penal, encontrado, por exemplo, no local do crime, é o mesmo que o magistrado está usando para formar seu convencimento. Daí o porquê de tamanho cuidado na formação e preservação dos elementos probatórios no âmbito processual penal (LIMA, 2020, p. 718).

Prado (2014) pontifica que a cadeia de custódia tem por finalidade o alcance da autenticidade da prova. Nesse sentido, o referido autor criou o termo “mesmidade” – partindo-se da lógica na qual os vestígios encontrados no local do delito devem ser os “mesmos” a serem utilizados para tomada da decisão na fase judicial - e a desconfiança – visto que há uma desconfiança prévia a documentação trazida pelas partes. Sob essa ótica, é preciso assegurar a manifestação das partes contrárias, visando testar a veracidade das informações, com o objetivo de respeitar os princípios constitucionais (LOPES JÚNIOR; MORAIS DA ROSA, 2016).

A doutrina subdivide as provas vedadas em ilícitas e provas ilegítimas, com isso, quando a prova for coletada em desrespeito às normas de direito processual será considerada ilegítima, gerando nulidade. Noutro giro, quando a prova for obtida ofendendo às normas ou princípios de direito material, ensejará em sua ilicitude, cuja consequência será a inadmissibilidade (BONARCCORSI, 2014)³.

De acordo com Nucci (2019) o simples descumprimento da cadeia de custódia não deve gerar nulidade absoluta. Da mesma forma, Badaró (2018, p. 535) assevera que “as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar a ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e muito maior esforço justificativo, no momento da valoração”.

Neste ponto, faz-se necessário salientar a existência de duas correntes contrárias no que concernem as consequências e efeitos jurídicos da possível quebra da cadeia de custódia da prova. O aspecto central do debate doutrinário reside na

³ Não há publicação atualizada da obra citada sendo essa a sua primeira edição da qual foram extraídos recortes teóricos essenciais para corroborar o que está sendo analisado.

inadmissibilidade ou da valoração probatória. Uma das correntes se posiciona no sentido de que a violação da cadeia de custódia da prova gera a ilegitimidade (ou ilicitude) da prova, não sendo admitida no processo.

Nesse viés, Lopes Júnior (2018, p. 414) leciona que a consequência “deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada”. No mesmo sentido é o pensamento de Prado (2014, p. 76) *“qualquer interrupção na cadeia de custódia pode causar a inadmissibilidade da evidência. Mesmo se admitida, uma interrupção pode enfraquecer ou destruir seu valor probatório”*.

Lopes Júnior (2018) defende que havendo algum tipo de quebra da cadeia de custódia das provas, de meio ou de fonte de prova, há de se reconhecer a inadmissibilidade dessa evidência como prova, assim como as demais dela decorrentes. Estará sendo configurada a prova ilícita, na qual a inobservância se relaciona às regras de direito material ou Constitucional que, por sua vez, será considerada inadmissível no processo. Já a segunda corrente defendida por Badaró (2017, p. 533) se posiciona sob o argumento de que esse tipo de vício deve ser resolvido com a atribuição de “menor valor ao meio de prova” em questão. O referido autor aduz ainda que:

[...] as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar a ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e muito maior esforço argumentativo, no momento da valoração [...] se considerar atendível um meio de prova, decorrente de fonte sobre a qual haja irregularidades na cadeia de custódia, haverá uma inegável necessidade de reforço justificativo demonstrando o porquê ser possível confiar na autenticidade e integridade de tal fonte (BADARÓ, 2017, p. 535-536).

Lima (2020) também faz parte desta corrente, defendendo que a quebra da cadeia não necessariamente representa a nulidade da prova. A quebra da cadeia de custódia gera o rompimento da rastreabilidade da prova, que refletirá na credibilidade do elemento probatório, haja vista que se não é sabida a proveniência daquela prova, bem como se é desconhecido por quem àquela prova passou, nada impede esta tenha sido manipulada (EDINGER, 2016). Dessa forma verifica-se que:

O rastreamento das fontes de prova será uma tarefa impossível se parcela dos elementos probatórios colhidos de forma encadeada vier a ser destruída. Sem esse rastreamento, a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra, anterior, ilícita, de que a primeira é derivada, dificilmente será revelado (PRADO, 2014, p. 79).

Com isso, caso resta comprovado a prova obtida inicialmente é ilícita, assim como aquelas que dela forem derivadas, estas deverão ser retiradas do processo. “sem dúvida deve ser proibida a valoração com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada” (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 660). Em sede de Apelação Criminal (nº 1503220-46.2018.8.26.0536), o desembargador Guilherme de Souza Nucci sentenciou no sentido de inocentar o réu Wallison Junior Silva de Camargo, que era acusado de porte ilegal de arma de fogo. Na decisão restou firmado que a arma periciada possuía numeração de lacre distinta da que foi apreendida pela Autoridade Policial, restando clara a quebra da cadeia de custódia daquela prova:

APELAÇÃO. Art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 11.343/06. Alegada imprestabilidade do laudo pericial. Ocorrência. Circunstâncias presentes nos autos que indicam ter sido periciada arma diversa daquela apreendida. A numeração do lacre inserido pela autoridade policial não corresponde ao lacre recebido e periciado pelo Instituto de Criminalística. Quebra da cadeia de custódia da prova pericial. Inexistência de elementos que comprovem ser o armamento apto para o disparo. Absolvição que se impõe (BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal n. 1503220-46.2018.8.26.0536, Relator: Des. Guilherme de Souza Nucci. Data do julgado: 27 de abril de 2020).

Na mesma vertente, o Superior Tribunal de Justiça - STJ decidiu pela exclusão da prova decorrente de quebra da cadeia de custódia, segue teor do julgado:

RECURSO ESPECIAL. ART. 305 DO CPM. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. FALTA DE ACESSO À INTEGRALIDADE DAS CONVERSAS. EVIDENCIADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM A EXISTÊNCIA DE ÁUDIOS DESCONTINUADOS, SEM ORDENAÇÃO, SEQUENCIAL LÓGICA E COM OMISSÃO DE TRECHOS DA DEGRAVAÇÃO. FILTRAGEM ESTABELECIDADA SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR. NULIDADE RECONHECIDA. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. RECURSOS PROVIDOS. DECRETADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. A quebra da cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade (RHC 77.836/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019). 2. É dever do Estado a disponibilização da integralidade das conversas advindas nos autos de forma emprestada, sendo inadmissível a seleção pelas autoridades de persecução de partes dos áudios interceptados. 3. A apresentação de parcela do produto extraído dos áudios, cuja filtragem foi estabelecida sem a presença do defensor, acarreta ofensa ao princípio da paridade de armas e ao direito à prova, porquanto a pertinência do acervo probatório não pode ser realizado apenas pela acusação, na medida em que gera vantagem desarrazoada em detrimento da defesa. 4. Reconhecida a nulidade, inegável a superveniência da prescrição, com fundamento no art.

61 do CPP. 5. Recursos especiais providos para declarar a nulidade da interceptação telefônica e das provas dela decorrentes, reconhecendo, por consequência, a superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, de ofício (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. STJ - REsp: 1795341 RS 2018/0251111-5, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 07/05/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/05/2019).

Por fim, há de se destacar que caso haja o descumprimento ou inobservância de quaisquer das etapas estabelecidas no art. 158-B, dispositivo que apresenta todas as fases procedimentais da cadeia de custódia da prova, a prova deverá ser desentranhada por força da sua ilicitude (BORRI; SOARES, 2020). Na mesma direção, tem-se que:

Se as etapas estão previstas em normas legais e constituem o próprio conteúdo da prova material, a quebra da cadeia de custódia gera o efeito da ilicitude da prova, na medida em que haverá a aplicabilidade do artigo 157 do CPP quando aponta que são provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais (FIGUEIREDO; SAMPAIO, 2020, p. 345).

Sendo assim, havendo eventual violação à nova sistemática adotada pelos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal brasileiro, esta acarretará à ilegitimidade da prova, tendo por efeito e consequência jurídica a aplicação da teoria das nulidades em razão de violação à cadeia de custódia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da lei nº 13.964/2019 a cadeia de custódia passou a ser devidamente regulamentada e, conforme visto, a cadeia de custódia da prova penal foi definida por meio desta legislação como o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Compreende-se que esta regulamentação foi um marco para o Código de Processo Penal pátrio, vez que foi delineado, expressamente, a cronologia de coleta, manipulação e transporte dos vestígios que servirão como prova contra o acusado. Com isso, aperfeiçoa-se o sistema acusatório em observância ao devido processo legal, busca da verdade real, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e demais a garantias constitucionais.

Ao final do estudo pode-se afirmar que este atingiu seu objetivo maior, qual seja, analisar as consequências jurídico-processuais decorrentes da quebra da cadeia de custódia da prova. Restou evidenciado com base no levantamento doutrinário e jurisprudencial realizado, que a quebra ou perda da cadeia de custódia gerará a inadmissibilidade, que impede a valoração da prova e implica a sua exclusão no processo. Ademais, os tribunais superiores tem se posicionado no sentido de que a preservação da cadeia de custódia é fundamental para assegurar o contraditório e a ampla defesa.

Com isso, tendo por base a teoria dos frutos da árvore envenenada, os elementos excedentes estarão contaminados, e por consequência, serão ilícitos, o que implica em admitir que o Estado não pode praticar ilegalidades, omitir informações desfavoráveis, valer-se de métodos não autorizados em lei, adulterando de alguma forma elementos probatórios. Posto isto, conclui-se que a quebra da cadeia de custódia torna inviável o pleno e eficaz exercício do contraditório pela parte que não teve acesso à prova integral.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BONARCCORSI, Daniela Villani. **As provas obtidas por meios ilícitos: uma análise de suas consequências no processo penal moderno**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. Da ilicitude da prova em razão da quebra da cadeia de custódia. In: **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 73-82, 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/lanho/Downloads/179-Texto%20do%20artigo-1152-1-10-20200910.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

BUENO. Paulo Amador Thomaz Alvas da Cunha. **História do direito brasileiro: notícia histórica do direito penal no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Bases científicas para um renovado direito processual**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL. **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: **Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: **Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 set., 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: **Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. STJ - **REsp: 1795341 RS 2018/0251111-5**, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 07/05/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14 maio, 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709372796/recurso-especial-resp-1795341-rs-2018-0251111-5/relatorio-e-voto-709372848>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Criminal n. 1503220-46.2018.8.26.0536**, Relator: Des. Guilherme de Souza Nucci. Data do julgado: 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13507154&cdForo=0>. Acesso em: 21 out. 2021.

CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **O Ministério Público e suas investigações independentes: reflexões sobre a inexistência de monopólio na busca da verdade real**. São Paulo: Malheiros, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime – lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: JusPodivm, 2020.

DÂMASO, Diego Henrique Silveira. **Das consequências jurídico-processuais da quebra da cadeia de custódia**. 2018. 54 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/22253/3/ConsequenciasJuridicoproce ssuaisuebra.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**: tipo processual, provas típicas e atípicas: (atualizado de acordo com as leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08). Campinas: Millennium Editora, 2018.

EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol.120, maio/jun. 2016, p. 237-257.

Disponível em:

https://www.academia.edu/32968479/Cadeia_de_Cust%C3%B3dia_Rastreabilidade_Probat%C3%B3ria. Acesso em: 22 out. 2021.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de; SAMPAIO, Denis. Cadeia de custódia da prova. In: SILVA, Franklyn Roger Alves (Org.). **O processo penal contemporâneo e a perspectiva da defensoria pública**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. Alterações ao Código de Processo Penal. In: JUNQUEIRA, Gustavo [et al]. **Lei Anticrime comentada artigo por artigo**: Inclui a decisão liminar proferida nas ADIS 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. A cadeia de custódia no Pacote Anticrime. In: **Portal eletrônico IBCCRIM**. 01 de Outubro de 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/1011>. Acesso em: 25 out. 2021.

LEÃO, Nilzardo Carneiro. Do processo de conhecimento no projeto do código de processo penal. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**, vol. 14, Uberaba: 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. In: **Revista digital Consultor Jurídico**. 16 jan., 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 25 out. 2021.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 6. ed. Campinas: Campinas, Servanda, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Competência para julgamento de agentes políticos por ofensa à lei de improbidade administrativa. In: **Interesse Público**. v. 42, São Paulo: BDJur, 2017, p. 15-19.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SANTIN, Valter Foletto. **O ministério público na investigação criminal**. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2017.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários ao anteprojeto de lei anticrime**: tripartido em três projetos de lei conforme versão enviada ao Congresso Nacional. Salvador: Juspodivm, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 17. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

IMPACTOS AMBIENTAIS URBANOS: UM OLHAR JURÍDICO SOBRE O CASO DA COMUNIDADE SÃO RAFAEL EM JOÃO PESSOA-PB*

URBAN ENVIRONMENTAL IMPACTS: A LEGAL VIEW ON THE CASE OF THE SÃO RAFAEL COMMUNITY IN JOÃO PESSOA-PB

EDUARDO JORGE SOARES FERREIRA**
MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES***

RESUMO

Esse estudo retrata a realidade da Comunidade São Rafael, espaço urbano localizado na cidade de João Pessoa, no tocante aos seus impactos ambientais, visto sob a ótica do direito ambiental, sendo, portanto, um estudo de caso em cuja pesquisa, além do contato direto com a Associação de Moradores do local para coleta de dados no campo, mediante pesquisa documental com levantamento de informações nos registros da instituição, utilizou-se ainda a pesquisa bibliográfica para obtenção do referencial teórico, a pesquisa exploratória para conhecimento e descrição da realidade atual desse espaço urbano e o método dedutivo de análise, considerando a legislação que trata de crimes e infrações ambientais relacionando-a ao caso concreto. O objetivo do estudo foi de descrever os impactos ambientais causados pela ação antrópica dos moradores da Comunidade São Rafael, bem como de destacar a sua forma de organização, infraestrutura, atividades produtivas, aspectos culturais, religiosos e recreativos. O estudo conclui que os impactos ambientais urbanos da Comunidade São Rafael em João Pessoa, assemelham-se aos que ocorrem na maioria das cidades brasileiras, havendo ocupação desordenada, carência de infraestrutura, degradação ambiental e várias ordens e magnitudes.

PALAVRAS-CHAVE: Impactos Ambientais Urbanos. Comunidade São Rafael. Direito Ambiental. Crimes e Infrações Ambientais.

ABSTRACT

This study portrays the reality of the São Rafael Community, an urban space located in the city of João Pessoa, with regard to its environmental impacts, seen from the perspective of environmental law, being, therefore, a case study in which research, in addition to direct contact with the Local Residents Association to collect data in the

* Trabalho elaborado para atender exigência curricular para conclusão do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba- FESP, sob a orientação da profª M.e. Maria do Socorro da Silva Menezes, na área de direito ambiental, semestre 2021.2

** Aluno regularmente matriculado sob o nº 2016210011 no 10º período do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2021.2. E-mail: eduardojorgesoaresferreira@gmail.com

*** Mestre em Economia pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Especialista em Direito Ambiental pelas Faculdades Integradas de Patos/Fundação Francisco Mascarenhas, Patos, PB. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Licenciada em Pedagogia pelo Centro Universitário de João Pessoa, PB. Professora do Curso de Graduação e de Pós-graduação em Direito da Fesp Faculdades, João Pessoa, PB. Professora Convidada do Curso de Pós Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FESMIP- PB. Fiscal Ambiental da Secretaria de Meio Ambiente do Município de João Pessoa, PB. Pesquisadora do Grupo Estudos de Saberes Ambientais: Homenagem a Enrique Leff – Sustentabilidade, Impactos, Racionalidades e Direitos/CNPq/UFPB. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Ambiental e Urbanístico/CNPq/UFPB. E-mail: socorromenezes@gmail.com.

field, through documentary research with survey of information in the institution's records, bibliographical research was also used to obtain the theoretical framework of the research, exploratory research for knowledge and description of reality current of this urban space and the deductive method of analysis, considering the legislation that deals with environmental crimes and infractions relating it to the concrete case. The objective of the study was to describe the environmental impacts caused by the anthropic action of the residents of the São Rafael Community, as well as to highlight its form of organization, infrastructure, productive activities, cultural, religious and recreational aspects. The study concludes that the urban environmental impacts of the São Rafael Community in João Pessoa are similar to those that occur in most Brazilian cities, with disorderly occupation, lack of infrastructure, environmental degradation and several orders and magnitudes.

KEYWORDS: Urban Environmental Impacts. Community of San Rafael. Environmental Law. Environmental Crimes and Offenses

1 INTRODUÇÃO

Estudos sobre impactos ambientais urbanos levam em consideração o crescimento desordenado e acelerado das cidades, trazendo consigo mudanças causadas pela ação antrópica sobre o meio ambiente, fenômeno este que pode ser observado nas cidades brasileiras, independente do seu porte. Trata-se de um assunto complexo, sobretudo diante da emergência da crise ambiental que se acentua cada vez mais em escala global atingindo a todos indistintamente de sua condição econômica, passando a ser um desafio a ser enfrentado pela sociedade e pelo Estado em resposta ao que estabelece o artigo 225 da Constituição de 1988.

A complexidade inerente ao assunto, impactos ambientais urbanos serviu como motivação para a pesquisa de um caso concreto, o da Comunidade São Rafael⁴ na cidade de João Pessoa, cuja ocupação foi iniciada em 1946, quando chegaram seus primeiros moradores e, atualmente conta com aproximadamente com 500 residências e cerca de 3.500 habitantes instaladas às margens de um dos braços do Rio Jaguaribe, um dos maiores rios urbanos entre os que cortam o espaço urbano da cidade, assoreado, degradado e poluído.

O despertar para a necessidade do estudo desse caso concreto, se deu no sentido de buscar entender como problema de pesquisa: como a situação chegou ao ponto de comprometer a qualidade ambiental desse importante recurso hídrico, bem como de averiguar as condições das habitações, a forma de organização,

⁴ Os dados aqui apresentados foram colhidos pelo autor em pesquisa de campo junto à Associação de Moradores da Comunidade em 13 de agosto de 2020.

infraestrutura, atividades produtivas, aspectos culturais, religiosos e recreativos. E, ainda sobre que intervenções o poder público está efetuando atualmente para melhorar tais impactos na Comunidade São Rafael?

Trabalhamos com a hipótese de que a responsabilidade pelo saneamento dos problemas da comunidade São Rafael é atribuída aos seus próprios moradores, à sociedade e ao poder público, sendo vista como responsabilidade compartilhada conforme estabelece o artigo 225 da Constituição Federal de 1988; sendo a responsabilidade do poder público, reforçada através do artigo 227 da Constituição do Estado da Paraíba de 1989. Foi ainda considerado o artigo 168 da Lei Orgânica do Município de João Pessoa de 1990, que estabelece a responsabilidade do Município em assegurar esse direito constitucional. A hipótese de estudo pautou-se, também pelo que reza a lei nº 9.605/98, no que respeita ao enquadramento dos impactos relacionados ao caso concreto, seja como crime seja como infrações ambientais.

O objetivo perseguido foi no sentido de descrever os impactos ambientais causados pela ação antrópica dos moradores da Comunidade São Rafael, bem como de destacar a sua forma de organização, infraestrutura, atividades produtivas, aspectos culturais, religiosos e recreativos, estudo efetuado sob a ótica do direito ambiental, no seu viés constitucional, administrativo e penal.

Para atingir esse objetivo foram aplicados os seguintes procedimentos metodológicos: estudo de caso, em cuja pesquisa, além do contato direto com a Associação de Moradores do local para coleta de dados no campo, mediante pesquisa documental com levantamento de informações nos registros da instituição, utilizou-se a pesquisa bibliográfica para obtenção do referencial teórico; pesquisa exploratória para conhecimento e descrição da realidade atual desse espaço urbano e o método dedutivo de análise, considerando a legislação que trata de crimes e infrações ambientais relacionando-a ao caso concreto.

Na sua estrutura argumentativa, a partir dessa introdução, o texto foi organizado em três seções. A primeira contempla a base legal que fundamenta o estudo; a segunda adentra na parte teórica dos impactos ambientais urbanos; a terceira descreve os dados da realidade colhida na pesquisa de campo para o caso da Comunidade São Rafael, incluindo registro fotográfico feito pelo pesquisador, os quais foram analisados com base no aporte legal e teórico das seções precedentes. Na parte conclusiva, estão condensados os principais achados da pesquisa, realçando questões ambientais sob o prisma positivo e negativo dos seus impactos.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AMBIENTAL NA TUTELA DO MEIO AMBIENTE E SUAS FORMAS DE ATUAÇÃO

O direito ambiental possui amplo aspecto na utilização de suas normas jurídicas, possuindo vinculação com os vários ramos do direito, de modo que nesse estudo, a abordagem contempla seu viés constitucional, administrativo e penal, dos quais foram extraídos fundamentos para traçar essa abordagem cujo propósito é de abrir espaço para uma reflexão sobre a forma como a Constituição Federal de 1988, a Constituição do Estado da Paraíba de 1989, a Lei Orgânica do Município de João Pessoa de 1990, no tocante ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a responsabilidade por sua tutela.

Amado (2017), Rodrigues (2020), Sirvinskas (2020) deixam claro que a tutela do meio ambiente tem como marco a lei 6.938/81, a qual nasceu com autonomia valorativa e inovou ao estabelecer os princípios, os instrumentos e os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente. Importante esclarecer que, como garantias à sua implementação, a lei 6.938/81 previu o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), alterou o regime de responsabilidade civil por dano ambiental, a qual passou a ser objetiva e integral, e conferiu a legitimidade exclusiva do Ministério Público para ingressar com a ação civil pública ambiental, ou seja, a partir desse marco jurídico pode-se dizer que tem início a tutela efetiva do meio ambiente.

2.1 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A RESPONSABILIDADE POR SUA TUTELA

Fiorillo (2020) esclarece que a estrutura finalística do direito ambiental, situa o meio ambiente como um bem difuso, referindo-se ao equilíbrio ecológico, dado que o seu foco é a defesa da vida em todas as suas formas, conforme determina o art. 3º da lei 6.938/81. Adentrando nessa seara, Sirvinskas (2020) esclarece que a tutela legal do meio ambiente depende do equilíbrio ecológico.

Nas palavras de Rodrigues (2020, p. 62) “a tutela do meio ambiente foi içada à categoria de direito expressamente protegido pela Constituição”. Além de trazer um capítulo específico sobre meio ambiente, a Constituição Federal de 1988, faz diversas outras menções ao longo de todo o seu texto sobre o meio ambiente. Alguns

estudiosos defendem que nosso texto constitucional é o mais avançado do planeta na questão ambiental, o caput do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 rege que:

Art. 225 todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Importante ressaltar que ao analisar os dispositivos expressos no art. 225 da Constituição Federal de 1988, a predominância da proteção e defesa do meio ambiente natural. A esse respeito, Rodrigues (2020, p. 77, grifos originais) cita:

- **Processo ecológico e manejo das espécies** (art. 225, §1º, I);
- Diversidade de **patrimônio genético** (art. 225, §1º, II);
- **Espaços territoriais** e seus componentes (art. 225, §1º, III);
- Proteção da **fauna** e da flora e da sua **função ecológica**, evitando a **extinção das espécies** (art. 225, §1º, VII);
- Recuperação do **meio ambiente degradado** pela recuperação das áreas de exploração de **recursos minerais**;
- **Florestas e formas de vegetação** entendidas como patrimônio nacional e resguardadas dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos **recursos naturais e ecossistemas naturais**; etc.

Rodrigues (2020, p. 78, grifos originais) esclarece ainda que:

No meio ambiente natural a tutela é ecocêntrica: visa atender a proteção de **todas as formas de vida**. Já o **meio ambiente artificial é precipuamente antropocêntrico:** sua preocupação principal é com a **qualidade devida da população humana**.

O meio ambiente cultural, o meio ambiente do trabalho e o meio ambiente artificial encontram-se tutelados em diplomas específicos. Posicionando-se a esse respeito Rodrigues (2020, p. 78, grifos originais), diz que o meio ambiente artificial encontra sua tutela em outras disciplinas, tais como “o **direito urbanístico, o direito econômico, o direito do trabalho**”.

Diante desse contexto, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 é a norma que rege o direito ambiental brasileiro, a qual deverá fundamentar a interpretação e aplicação de todas as demais regras constitucionais e infraconstitucionais. Importante ressaltar que vemos, a cada dia que passa, a preocupação das autoridades constituídas em preservar e fiscalizar na forma da lei, todo e qualquer tipo de agressão ao meio ambiente, quer seja no âmbito nacional,

estadual ou municipal.

Oportuno ainda, com base nos apontamentos feitos por Amado (2017), Fiorillo (2020) e Rodrigues (2020), elencar uma série de medidas relacionadas ao meio ambiente no Brasil: No ano de 1999 o Ministério do Meio Ambiente teve sua atuação ampliada, foram incorporadas a este ministério as questões relacionadas a Amazônia Legal e aos recursos hídricos; também no ano de 1999 foi promulgada a lei nº 9.795/99 que estabeleceu a Política Nacional de Educação Ambiental; em 2000 foi promulgada a lei nº 9.985/2000 que regulamentou a Política Nacional de Unidades de Conservação (SNUC); em 2001 a lei nº 1.257/2001 estabeleceu o Estatuto das Cidades (Política Nacional de Desenvolvimento Urbano).

Ainda com base nos apontamentos dos autores supracitados, outros avanços na legislação pátria de proteção dos recursos ambientais foram os seguintes: No ano de 2007 foi promulgada a lei nº 11.445/07 que estabeleceu a Política Nacional de Saneamento Básico; em 2010 foi promulgada a lei nº 12.305/2010 que estabeleceu a Política Nacional de Resíduos Sólidos; em 2011 a lei complementar nº 140 de 8 de dezembro de 2011, fixou normas para cooperação entre a União, Estados e Municípios e o Distrito Federal na proteção do meio ambiente e assim também acompanha em paralelo as normas do direito ambiental brasileiro mostrando que todos devem cuidar, combater, fiscalizar e aplicar as sanções necessárias previstas em lei para tentar frear a crescente degradação que o homem está realizando na natureza.

Importante consignar que em sendo preocupação e dever de todos, a preservação e proteção ambiental, com visitas ao equilíbrio e a sustentabilidade no uso dos recursos ambientais o Estado da Paraíba, também cuidou de garantir uma lei voltada para o meio ambiente. Assim a exemplo do que ocorre no texto da Constituição Federal de 1988, inseriu um capítulo tratando “da proteção do meio ambiente e do solo”, cujas normas contidas nos seus artigos 227 a 235, seguem o mesmo disciplinamento do texto constitucional (PARAÍBA, 1989).

No artigo 227 da Constituição do Estado da Paraíba temos a garantia de que é dever do Estado preservar o meio ambiente para uma qualidade de vida sustentável as gerações presentes e futuras, onde elenca a responsabilidade do mesmo em garantir a preservação do meio ambiente, proteger e proibir tudo o que venha colocar em risco a fauna, flora e ecossistema e que vai conseqüentemente impactar na qualidade de vida do homem, sendo assim, em comunhão com a Constituição Federal

um dever ratificado pelos legisladores do Estado tanto de preservar como de incentivar e promover a educação ambiental em toda sua população (PARAÍBA, 1989).

Para atender a essa finalidade foi criada a Secretaria da Infraestrutura, dos Recursos Hídricos e do Meio Ambiente (SIRHMA) e a Superintendência de Administração do Meio Ambiente (SUDEMA), para cuidar e fiscalizar o meio ambiente em nível estadual. Frise-se que o inciso VII do art. 227 elenca os bens ambientais de interesse ecológico no Estado da Paraíba, *in verbis*:

VII – considerar de interesse ecológico do Estado toda a faixa de praia de seu território até duzentos metros da maré de sizígia, bem como a falésia do Cabo Branco, Coqueirinho, Tambaba, Tabatinga, Forte e Cardoso e, ainda, os remanescentes da Mata Atlântica, compreendendo as matas de Mamanguape, Rio Vermelho, Buraquinho, Amém, Aldeia e Cavaçu, de Areia, as matas do Curimataú, Brejo, Agreste, Sertão, Cariri, a reserva florestal de São José da Mata, no Município de Campina Grande, e o Pico do Jabre, em Teixeira, sendo dever de todos preservá-los nos termos da lei e desta Constituição; (PARAÍBA, 1989).

Nesse rol constata-se preocupação com os recursos do meio ambiente natural, portanto, a tutela ecocêntrica. O Município de João Pessoa, capital do Estado da Paraíba, cidade com uma extensa área verde de mata do bioma Mata Atlântica, e biodiversidade riquíssimas e que os legisladores, em sintonia com a tendência mundial se preocuparam com a política de proteção e gestão dos recursos ambientais, e seguindo as normas legais da Constituição Federal de 1988 e da Constituição Estadual de 1999, no ano de 1990 os vereadores promulgaram na Lei Orgânica do Município, diploma legal cujo artigo 168 reza o seguinte:

Art. 168: O município deverá atuar no sentido de assegurar a todos os cidadãos o direito ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida.
Parágrafo Único – Para assegurar efetividade a este direito, o Município deverá articular-se com órgãos estaduais, regionais e federais competentes a ainda, quando for o caso, com outros municípios, objetivando a solução de problemas comuns relativos à proteção ambiental. (JOÃO PESSOA. 1990).

Além deste artigo, consta na Seção IV da Lei orgânica do município de João Pessoa mais 12 artigos que embasados no artigo 168 dá outras providências em criar, atuar e mostrar como devem ser os cuidados com a fauna, flora, área de praia e toda questão ambiental na jurisdição do município. Cabe assinalar como parte do aparato jurídico sobre a defesa do meio ambiente, avanço importante na legislação do

Município de João Pessoa, com a aprovação e implementação de uma política efetiva de proteção ambiental, através dos regramentos expressos na Lei Complementar nº 29, de 5 de agosto de 2002 que instituiu o Código de Meio Ambiente e dispôs sobre o Sistema Municipal de Meio Ambiente (SISMUMA), no qual está posto a sua fundamentação jurídica:

Art. 1º - Este código, fundamentado na legislação e nas necessidades locais, regula a ação pública do Município de João Pessoa, estabelecendo normas de gestão ambiental, para preservação, conservação, defesa, melhoria, recuperação, proteção dos recursos ambientais, controle das fontes poluidoras e do **meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, de forma a garantir o desenvolvimento sustentável.**

Parágrafo único. A administração do uso dos recursos ambientais do Município de João Pessoa compreende, ainda, a observância das diretrizes norteadoras do disciplinamento do uso do solo e da ocupação territorial previstos na **Lei Orgânica para o Município de João Pessoa**, no Plano Diretor, Códigos de Urbanismo, de Obras, de Posturas, sobretudo às diretrizes normativas versantes sobre a Reforma Urbana e o Estatuto da Cidade (JOÃO PESOA, 2002, grifo nosso).

O equilíbrio ecológico, bem jurídico objeto da tutela do direito ambiental, aludido na Constituição Federal de 1988, na Constituição do Estado da Paraíba de 1989, na Lei Orgânica do Município de João Pessoa de 1990 e no Código de Meio Ambiente do Município de João Pessoa de 2002, destacam os recursos ambientais como direito de todos, bem comum do povo e, portanto, deve se preservado para a presente e futuras gerações.

2.2 SOBRE AS FORMAS DE ATUAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL

As formas de atuação do direito ambiental são três: preventiva, reparadora e punitiva. A primeira decorre da possibilidade de causar dano ou degradação ambiental, perecimento de espécies, exaurimento de recursos, ou seja, seu escopo consiste em estabelecer mecanismos de prevenção contra qualquer ato lesivo ou danoso ao meio ambiente.

Exemplo dessa forma de atuação do direito ambiental encontra-se explícita na dicção do art. 225 da Constituição Federal de 1988. Neste artigo observamos especialmente no § 1º, incisos V e VII, *in verbis*:

Art. 225. [...]

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

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 1988).

Entre os instrumentos de prevenção destaca-se o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) que vem a ser um conjunto de estudos e pesquisas realizadas por pessoas com expertise em áreas específicas, a depender do tipo de atividade ou empreendimento considerado. Importante destacar também a análise de uso e ocupação do solo no zoneamento urbano, que tem por finalidade organizar e regular o ordenamento de uso do solo, topografia da área onde são coletados todos esses dados que por razão do sigilo industrial são restritos e vão fazer parte de um relatório que é chamado de Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), este relatório é apresentado ao público interessado em uma linguagem mais acessível para um melhor entendimento do mesmo.

Sobre o zoneamento urbano ou zoneamento ambiental, Sirvinskas (2020, p. 126), tendo por fundamento o art. 225, §º, incisos I e III, da Constituição Federal de 1988, e o art. 9º, inciso VI, da Lei n. 6.938/8, assevera:

Seria, talvez, impossível falar em direito ambiental sem a existência do zoneamento ambiental. Procura-se, com esse instrumento, evitar a ocupação do solo urbano ou rural de maneira desordenada. Para isso, fez-se necessário o estabelecimento de critérios legais básicos. Foi com esse objetivo que o legislador constituinte também atribuiu ao Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a incumbência de definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Mediante esses estudos e relatórios, é emitido pelo órgão vinculado ao Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), o licenciamento ambiental para instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades que utilizam de recursos ambientais, é outro importante instrumento jurídico para que o direito ambiental cumpra a sua função de prevenção, criando condições para que o desenvolvimento econômico possa ocorrer, conservando e assegurando nas dimensões sociocultural, biótica e física o meio ambiente.

A segunda forma de atuação do direito ambiental é a reparadora, a qual está disposta explicitamente no art. 225 da Constituição Federal de 1988, referente ao §

1º, inciso I e § 2º estabelecendo que para assegurar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve-se:

Art. 225. [...]

§ 1º [...]:

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

[...];

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. (BRASIL, 1988).

Sobre essa forma de atuação do direito ambiental, a qual resulta na apuração de responsabilidade sobre o dano causado e a reparação, Rodrigues *et.al.*, (2020, p. 160) explicam:

A responsabilidade civil ambiental busca a reparabilidade do meio ambiente, que pode ocorrer de diversas formas, dentre elas vejamos as duas principais: restauração in situ ou restauração natural; compensação ecológica lato sensu, que se subdivide em: a) substituição por equivalente “in situ”, b) Substituição por equivalente em outro local, c) Indenização pecuniária.

No que diz respeito à Restauração In Situ ou Restauração Natural, conforme exposto nos artigos 2º, VIII e 4º, VI e VII, da Lei nº 6.938/81, é, essencialmente, a forma de restauração do ambiente degradado tal como era antes da ocorrência do dano, sendo considerada de difícil ocorrência visto o custo elevado em restaurá-lo ao status quo ante. Vale salientar que é considerada a principal forma de reparação, visto a legislação trazer como primazia.

A terceira forma de atuação do direito ambiental é a punitiva, prevista na lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Nas palavras de Rodrigues *et.al.*, (2020, p. 165):

A Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais) surge para efetivar o dispositivo constitucional (art. 225 §3º). Salienta-se que, embora seja denominada Lei de Crimes Ambientais, tal nomenclatura, não prevê apenas esses tipos de crimes, mas também as infrações administrativas, tendo, inclusive, um capítulo reservado a cooperação internacional de preservação do meio ambiente.

Nesse contexto, é pertinente esclarecer que do art. 70 ao 76, da lei 9.605/98 tratam sobre a infração administrativa onde se sobressai o dever dos poderes constituídos acompanhar, fiscalizar e punir aqueles que agridem o meio ambiente e assim sendo, os órgãos competentes para tal se não exercem sua função serão

passivos de sanções expostas nestes artigos citados onde se estipula prazos para o andamento do processo, elenca as formas e valores das sanções.

3 IMPACTOS AMBIENTAIS DECORRENTES DA URBANIZAÇÃO NAS CIDADES BRASILEIRAS

O art. 1º da Resolução nº 1 de 1986 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) considera impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; e qualidade dos recursos ambientais (BRASIL, 1986).

Os impactos ambientais decorrentes da urbanização nas cidades brasileiras são graves e decorrem da forma como o homem interage com a natureza. A esse respeito, Grostein (2001, p.16, *apud* PASQUALOTTO; SENA, 2020, *on-line*), diz o seguinte:

O crescimento informal dos centros urbanos causam problemas como 'desastres provocados por erosão, enchentes, deslizamentos, destruição indiscriminada de florestas e áreas protegidas, contaminação do lençol freático ou das represas de abastecimento de água, epidemias e doenças provocadas por falta de umidade e falta de ventilação em moradias'. A proporção e frequência com que esses problemas ocorrem nas cidades evidenciam a relação existente entre o agravamento dos problemas socioambientais e os padrões e processos de expansão urbana da cidade informal.

Por cidade informal entende-se, as áreas urbanas onde a população vive em condições precárias, às margens da sociedade, sem condições adequadas de infraestrutura e, por consequência, geram problemas socioambientais e situações de risco que prejudicam tanto o espaço físico como a integridade física saúde da população, a exemplo de quando ocorrem deslizamentos de encostas atingindo residências, causando destruição e muitas vezes, óbitos.

Nas cidades desenvolvidas, os impactos ambientais, são decorrentes da concentração populacional e do crescimento econômico onde as atividades e exploração dos recursos ambientais nem sempre acontecem sob o manto da sustentabilidade ambiental. A carência de infraestrutura que dê condições básicas de

habitabilidade nestas áreas, como redes de esgotamento sanitário e de abastecimento de água, tratamento de efluentes, coleta de lixo, obras de contenção de encostas e drenagem de águas pluviais, aliada às precárias condições de habitação, agravam esta exposição a risco de impactos ambientais.

Conforme Salles (2013, *apud* MOURA, 2019, p. 35), um aspecto que vem sendo discutido na atualidade é a percepção dos riscos e dos conflitos ambientais existentes no meio ambiente urbano, exatamente porque “nesse meio interagem diferentes seres vivos, e é onde o indivíduo, grupos, e comunidades humanas diversas convivem com as dinâmicas: econômica, política social, e cultural”.

Esse modo de vida da sociedade contemporânea, atualmente, vem sendo responsável por influências diretas e indiretas na quantidade, qualidade, variedade dos recursos disponíveis, ocasionando a valorização e revalorização do solo, produção, expansão, potencialidades, usos, manifestações, ocupações, trocas, trabalho, infraestrutura, entre outros fatores positivos e negativos (MOURA, 2019).

Segundo a supracitada autora, com o crescimento urbano, as edificações e obras de infraestrutura urbana (ruas, passeios públicos, estacionamentos, telhados, etc.) alteram significativamente a cobertura do solo e a topografia. E, acrescenta que, “além dos impactos diretos aos ecossistemas terrestres e aquáticos, o clima urbano é modificado” (TASSI, 2014, *apud* MOURA, 2019, p. 35).

3.1 BENS AMBIENTAIS IMPACTADOS

Não são poucos os bens ambientais impactados com a urbanização das cidades brasileiras, haja vista a consideração de que a urbanização é um fenômeno social que apresenta aspectos contraditórios: de um lado, gera benefícios trazidos pelo crescimento econômico e, de outro lado, produz custos ambientais e sociais importantes, consequência da expansão desse processo de urbanização, ou seja, gera um passivo ambiental com cujo ônus toda a sociedade deve arcar.

Um dos principais bens ambientais impactados é o solo, representado pela ocupação irregular do solo urbano, características encontradas em várias cidades brasileiras cujas Comunidades, via de regra, resultado de ocupações irregulares, ferem a legislação ambiental e trazem consigo vários outros problemas, isto é:

A **ocupação irregular do solo** representa um dos principais problemas urbanos do país, se estendendo por grande parte do território urbano, a qual ocorre através de invasões, loteamentos clandestinos, irregulares e/ou grilados, **resultando em diversos impactos ao meio ambiente e a sociedade** (ALVES; LOTOSKI, 2018, p. 19, grifo nosso).

Vale salientar que esses loteamentos clandestinos são construídos à margem da legislação ambiental, urbanística, penal e civil, onde são abertas ruas, demarcando lotes sem qualquer controle do poder público, traduzindo dessa forma as implicações jurídicas decorrentes desse ilícito, aspecto referendado por Alves e Lotoski (2018), com os quais concordamos a partir da perspectiva dos estudos de Sirvinskas (2020) de Fiorillo (2020) e de Stival (2020).

Outro bem ambiental impactado é a flora, através de desmatamento para ceder lugar às habitações, trazendo, como consequência, a redução da fauna e da flora local, não raras vezes atingindo espécies ameaçadas ou em vias de extinção. As ocupações em loteamentos irregulares produzem reflexos negativos ao meio ambiente ao degradar nascentes, provocar desmatamento, queimadas, supressão de árvores e vegetação, além da destruição da fauna e flora local. Trata-se, portanto de ilícitos a serem combatidos com base na lei 9.606/98 que dispõe sobre os crimes ambientais no Brasil (BRASIL, 1998).

A degradação dos recursos hídricos, bem ambiental importante consequência de ocupações irregulares em área urbana, representa degradação da qualidade ambiental. Os recursos hídricos são bens ambientais de domínio público cuja utilização precisa ser controlada de modo a assegurar a sua disponibilidade futura. Tais recursos, conforme determina o art. 3º, V, da Lei nº 6.938/81, bem como o art. 2º, IV, da lei nº 9.985/2000 são também tutelados pela Constituição de 1988 no aspecto concernente ao seu direito de uso, mas não de propriedade haja vista tratar-se, juridicamente falando, de “bem essencial à sadia qualidade de vida” (BRASIL, 1988), assinalam Figueiredo Filho e Menezes (2014).

Importante registrar que existem outros bens ambientais impactados como resultado dos impactos trazidos pelas ocupações irregulares nas áreas urbanas das cidades brasileiras, a ocupação irregular do solo, o desmatamento e a degradação dos recursos hídricos são apenas alguns exemplos, de sorte que esse estudo não abarcou todos os possíveis e previsíveis impactos decorrentes dessas ocupações, mas tão somente, aqueles que se fazem presentes na área tomada como campo de pesquisa: a Comunidade São Rafael, na cidade de João Pessoa, capital do estado da

Paraíba.

4 VISÃO PANORÂMICA DOS IMPACTOS AMBIENTAIS URBANOS NA COMUNIDADE SÃO RAFAEL EM JOÃO PESSOA-PB

Os impactos ambientais identificados na Comunidade São Rafael decorrem de alterações antrópicas promovidas pelos próprios residentes desse núcleo urbano, no qual as moradias, não só estão em desacordo com a legislação urbanística e ambiental, como estão localizadas em espaço urbano com restrição de uso: curso do rio Jaguaribe, levando a uma série de impactos como a destruição da mata ciliar que deveria proteger esse importante recurso hídrico da capital paraibana, aterramento de parte do seu leito para edificações de novas habitações, lançamento de esgoto *in natura* dentro do rio, que se encontra poluído, assoreado, e, conseqüentemente, inundando as habitações mais próximas em época de chuvas.

É o que se vê ilustrado nas imagens 1 e 2. Entretanto, cabe assinalar que os mananciais hídricos, de acordo com a lei nº 12651/12 (Código Florestal), são tipificados como Áreas de Preservação Permanente (APP), e, conforme a lei municipal nº 2.107/75, (Código de Urbanismo do Município de João Pessoa, atualizado em 2005), compõem a Zona Especial de Preservação Ambiental (ZEP), tendo como função proteger e garantir a manutenção desses recursos, aspecto que torna essas áreas objeto de total preservação, sendo severas as limitações de uso, aspecto primordial a ser considerado quando se trata de ocupação de terras, como é o caso do local em estudo.



<p>Imagem 1 O esgotamento sanitário e o lixo tecnológico e doméstico presentes na paisagem urbana da Comunidade, reprodução da degradação ambiental existente no local. Fonte: Arquivo do pesquisador Data: 27/10/2021</p>	<p>Imagem 2 Curso do rio Jaguaribe, poluído, assoreado, degradado e aterrado para ceder lugar a habitações precárias e irregulares, descrição plausível de sua degradação ambiental. Fonte: Arquivo do pesquisador Data: 27/10/2021</p>
--	---

Sobre a degradação do rio Jaguaribe é importante ressaltar o seguinte:

Com 21 km de extensão, o Rio Jaguaribe recebe esgotos domésticos lançados *'in natura'* por praticamente todo o comprimento, com destaque para os trechos onde há comunidades ribeirinhas, como o Chatuba/São José, **São Rafael, Padre Hildon Bandeira**, Vale das Palmeiras e Nova Esperança. [...] **esgotos clandestinos, lixos, desmatamento** [...], a **ocupação irregular** das margens do rio Jaguaribe é a principal causa das enchentes em períodos chuvosos (MODESTO, 2019, *on-line*).

Espaços caracterizados pela presença de relevante valor ambiental, a exemplo das Áreas de Preservação Permanente, as áreas de reserva legal e de Mata Atlântica, dentre outras, são usualmente alvos de invasões irregulares e de loteamentos clandestinos, causando danos ao equilíbrio ecológico, consideração esta que permite estabelecer conexões entre os loteamentos realizados de forma irregular e a responsabilidade atribuída a estes pela ocorrência de uma degradação ambiental definitiva aspecto corroborado nas colocações feitas pelo supracitado autor.

Stival (2020) esclarece que há institutos jurídicos que podem ser explorados visando a proteção ao meio ambiente, como é o caso da responsabilidade solidária. A obrigação é solidária porque cada um dos poluidores pode ser compelido a sanar toda a poluição produzida ou a pagar a totalidade dos prejuízos, ainda que não tenha sido o único causador dos danos ambientais, seria o caso de atribuir responsabilidade não só aos moradores de Comunidade São Rafael, mas a todos os que contribuem para a degradação desse importante bem ambiental.

A regra geral é que são responsáveis todos os entes que tenham tido participação direta ou indireta, ou que tenham se beneficiado, ainda que indiretamente, da atividade nociva ao meio ambiente. Quanto maior o espectro na responsabilização de pessoas a determinados eventos ou atividades que possam trazer riscos ambientais, maior será a probabilidade de se prevenir o dano ambiental ou de repará-lo (STIVAL, 2020).



Imagem 3 Primeiras habitações datando de 1946 quando iniciou a ocupação desse núcleo urbano na cidade de João Pessoa, edificação feita em alvenaria.
 Fonte: Arquivo da Associação Comunitária do Bairro
 Data: 27/10/2021



Imagem 4 Condição das habitações hoje, dividindo espaço com a tubulação de esgoto da CAGEPA, algumas delas edificadas, de forma precária em cima dessa tubulação.
 Fonte: Arquivo do pesquisador
 Data: 27/10/2021

Dentro desse contexto é importante esclarecer que a urbanização desse local, poderia ter sido feita de forma planejada pelo poder público municipal, dentro do seu plano diretor. Entretanto, conforme se vê nas imagens 3 e 4, a ocupação do solo desse espaço urbano foi acontecendo sem qualquer ingerência do governo municipal, aspecto justificado, sob o prisma científico, segundo Dias, Carvalho, Farias e Santos (2014, *apud* ALVES; LOTOSKI, 2018, p. 21), do seguinte modo:

[...] as irregularidades na ocupação do solo ocorrem de diversas maneiras, como: pelo ponto de vista da titularidade da terra; motivadas pela ausência de regularização nos órgãos municipais; ou, ainda pela inobservância das leis urbanísticas e ambientais. Porém, esse quadro ocasiona diversos impactos negativos, tanto para as cidades quanto para a população em geral.

Conforme se vê nas imagens 5 e 6, os impactos negativos estão presentes na própria paisagem urbana, seja pelas precárias condições das habitações, da divisão do espaço entre as mesmas, da falta de infraestrutura de esgotamento sanitário, entre outras que serve para fortalecer e acentuar o desequilíbrio ambiental, causando muitas vezes, problema de saúde pública.



Imagem 5 Detalhe da falta de infraestrutura da comunidade e de suas habitações que convivem nesse espaço com o esgoto a céu aberto, registre-se que além de moradias coexistem estábulos e pocilgas com as criações dos moradores em áreas contíguas a essas habitações.

Fonte: Arquivo do pesquisador

Data: 27/10/2021



Imagem 6 Detalhe da contribuição das habitações da própria comunidade com o lançamento de esgoto para aquilo que deveria ser o leito do rio, ocupado por habitações, lançado *in natura*, juntamente com as águas servidas usada na limpeza do recinto das criações s de animais.

Fonte: Arquivo do pesquisador

Data: 27/10/2021

Observando o recorte teórico sobre a degradação ambiental de recursos hídricos, apresentado por Figueiredo Filho e Menezes (2014) podemos afirmar que, o aterramento das nascentes e de seu entorno tem representado uma das maiores ameaças aos recursos hídricos da cidade de João Pessoa, alterando de forma brusca este importante conjunto de bens ambientais, pois modifica drasticamente o fluxo hídrico natural, além de eliminar a cobertura vegetal e a fauna silvestre da área aterrada.

Nas águas do rio Jaguaribe, as lavadeiras trabalhavam para sustentar suas famílias, pescadores capturavam o pescado que vendiam no mercado gerando renda para lhes proporcionar o mínimo de dignidade que é prover o sustento de suas famílias, na época em que iniciou a ocupação da comunidade, até mais ou menos a década de 1970⁵. Atualmente, cerca de 70% de seus moradores exercem atividades diversas, a maioria delas fora da Comunidade, no setor público e no setor privado. Aspecto importante a considerar sobre a degradação em curso nesse importante bem ambiental que corta a área da Comunidade está ilustrado nas imagens 7 e 8.

⁵ Dado colhido em pesquisa de campo, junto à Associação Comunitária do Bairro, através de arquivo de registros fotográficos que contam a história da Comunidade.



Imagem 7 Atividades produtivas desenvolvidas na comunidade, reciclagem, criação de animais e comércio através de mercearia para venda de alimentos, são os mais significativos. A criação de animais é suporte como fonte de alimentação das famílias.

Fonte: Arquivo do pesquisador
Data: 27/10/2021



Imagem 8 Habitações edificadas em alvenaria, no detalhe uma das igrejas evangélicas existentes na comunidade. Percebe-se também, aterramento do cm edificações ocupando o seu leito, aspecto presente em toda a extensão que margeia o rio.

Fonte: Arquivo do pesquisador
Data: 27/10/2021

Na Comunidade São Rafael existe atualmente vinte e nove (29) estabelecimentos comerciais, dos quais nove (9) são formalizados, ou seja possuem registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e, portanto, dotados de personalidade jurídica, as demais são informais⁶. A atividade de reciclagem foi registrada pelo pesquisador pela sua contribuição para com a preservação ambiental, pois além de ajudar na conservação de recursos naturais como madeira, água e minerais, reduzindo a necessidade de extração de novas matérias-primas, ainda pode vir a ser tratada como atividade econômica, gerando emprego e renda para as pessoas envolvidas na atividade.

No tocante às práticas religiosas, identificou-se a existência e funcionamento de uma (1) igreja Católica, quatro (4) Protestantes, um (1) Terreiro de Umbanda e um (1) Centro Espírita, mostrando ser um dado relevante⁷, pois, conforme assinala Freitas (2019, *on-line*), “as religiões têm um papel de grande importância, visto que podem induzir seus fiéis a adotar práticas sadias de respeito aos recursos naturais e culturais”, contribuindo positivamente para a preservação ambiental.

⁶ Dado colhido em pesquisa de campo, junto à Associação Comunitária do Bairro.

⁷ Dado colhido em pesquisa de campo, junto à Associação Comunitária do Bairro.

Os aspectos culturais são trabalhados pela Associação de Moradores e pelo Instituto Voz Popular. Este último possui: rádio comunitária⁸ – Voz Popular 9,7 FM -, padaria comunitária e projetos sociais voltados para a comunidade⁹, impactando positivamente a divulgação de questões relacionadas ao meio ambiente. Trata-se de organizações importantes no que respeita à preservação ambiental, sobretudo das Comunidades instaladas em APP como é o caso da São Rafael.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Comunidade São Rafael localizada no bairro do Castelo Branco, faz divisa com a Comunidade Padre Hildon Bandeira no bairro da Torre, sendo interligadas por uma ponte metálica. A pesquisa de campo mostrou duas realidades dentro da comunidade: uma em que a população vive em condições mais estáveis do ponto de vista das condições ambientais e outra mais complexa, em área de ocupação na Baiuca: composta por trinta e duas (32) unidades habitacionais, sem água encanada, iluminação pública, esgotamento sanitário e endereçamento postal, também possuem criação de animais nesta área se percebe condição de extrema vulnerabilidade social e ambiental.

Foi observado como impacto ambiental que na Comunidade existe um (1) ponto de coleta de lixo, pois as ruas são estreitas, muitos são apenas becos e não há condição de tráfego de veículos que fazem a coleta de resíduos domiciliares, a cargo da Empresa Municipal de Limpeza Urbana (EMLUR); uma (1) estação elevatória de esgoto da Companhia de Água e Esgoto da Paraíba (CAGEPA), que não faz o recolhimento de esgoto da Comunidade e quando apresenta alguma falha técnica impacta negativamente o meio ambiente, contamina o solo, causa poluição odorífera e, conseqüentemente, afeta ainda mais o nível de poluição do Rio Jaguaribe.

Aspectos de impacto positivo observado na fase de coleta de dados da pesquisa no campo referem-se à existência de: um (1) chafariz onde existe disponibilidade de água potável; um (1) muro de arrimo que margeia a BR 230 e evita

⁸ Na Comunidade São Rafael a rádio começou no ano de 2000, com a colocação de vinte caixas de som, caixinhas que eram feitas de compensado revestidas de zinco e possuíam auto falantes de 6" (seis polegadas), elas eram colocadas nos postes da comunidade, dessas vinte, dezoito ficavam na Comunidade São Rafael e duas caixas nos postes da **Comunidade Padre Hildon Bandeira**, uma comunidade vizinha localizada do outro lado do rio Jaguaribe no Bairro da Torre, Padre Hildon e São Rafael são ligadas por uma ponte de ferro que corta o **Rio Jaguaribe (RÁDIO..., 2020)**.

⁹ Dado colhido em pesquisa de campo, junto à Associação Comunitária do Bairro.

deslizamento de barreira, vale salientar que dos quatro pontos de deslizamentos identificados nas comunidades do Complexo Beira Rio, um está na São Rafael. Também foi detectada uma grande mancha de inundação que pode afetar boa parte dos imóveis, embora a Comunidade conte com treze (13) galerias pluviais, por falta de manutenção e pelo carreamento de lixo para dentro destas, mesmo existindo é ineficaz, sob o prisma do equilíbrio ambiental.

Ainda sob o prisma de impacto positivo na área pesquisada, ressalta-se a sua inclusão no projeto “João Pessoa Sustentável” que vai retirar cerca de 190 residências que ficam coladas as margens do rio Jaguaribe, área de maior potencial de risco. Trata-se de um Programa da Prefeitura de João Pessoa voltado para a promoção do desenvolvimento social, econômico e ambiental da cidade por meio da redução das desigualdades, da modernização dos instrumentos de planejamento urbano, da prestação de serviços e da administração pública e fiscal.

Portanto, esse estudo conclui que os impactos ambientais urbanos da Comunidade São Rafael em João Pessoa, assemelham-se aos que ocorrem na maioria das cidades brasileiras, havendo ocupação desordenada, carência de infraestrutura, degradação ambiental e várias ordens e magnitudes, embora exista na localidade investigada, uma (1) Escola Estadual, uma (1) Unidade Saúde da Família; e uma (1), Praça Pública: a praça São Rafael, equipamentos públicos indispensáveis para conferir dignidade e qualidade de vida aos seus moradores.

REFERÊNCIAS

ALVES, Kelly Cristine Zanardi; LOTOSKI, Marcos da Silva. **Ocupação irregular do solo**: estudo de caso numa área do bairro Vila Nova Matinhos – PR. 2017. (Trabalho de Conclusão de Curso) Graduação em Tecnologia em Gestão Imobiliária, Setor Litoral, Universidade Federal do Paraná, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/68954/KELLY%20CRISTINE%20ZANARDI%20ALVES.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=A%20ocupa%C3%A7%C3%A3o%20irregular%20do%20solo,meio%20ambiente%20e%20a%20sociedade.> Acesso em: 15 nov. 2021.

AMADO, Frederico. **Direito ambiental**. 5. ed., Salvador: JusPodivm, 2017.

BRASIL, Resolução nº 1 de 1986 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/MMA/RE0001-230186.PDF>. Acesso em: 7 set. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: **Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 7 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF:

Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 7 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: **Presidência da República: Casa Civil:**

Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 7 set. 2021.

FIGUEIREDO FILHO, Francisco Freire de. MENEZES, Maria do Socorro da Silva.

Direito ambiental. 2. ed. São Paulo: Edijur, 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

FREITAS, Vladimir Passos. O compromisso das religiões com a proteção do meio ambiente. *In: Revista Nomos*, nº 2, vol. 39, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 31 dez., 2019. Disponível em:

<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/33194>. Acesso em: 15 nov., 2021.

GUERRA, Antonio José Teixeira; CUNHA, Sandra Baptista da. **Impactos ambientais urbanos no Brasil**. 12. ed., Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2018.

JOÃO PESSOA. **Lei Orgânica do Município de João Pessoa/PB**, de 02 de abril de 1990: Câmara Municipal. [s.l.]. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-joao-pessoa-pb>. Acesso em: 7 set. 2021.

JOÃO PESSOA. **Lei Complementar 29, de 5 agosto de 2002**. Institui o Código de Meio Ambiente do Município de João Pessoa e dispões sobre o Sistema Municipal de Meio Ambiente - SISMUMA. Disponível em:

<http://www.joaopessoa.pb.gov.br/legislacao/lei-complementar-29-de-agosto-de-2002-codigo-de-meio-ambiente/>. Acesso em 5 out. 2021.

JOÃO PESSOA. **Lei nº 2.107, de 31 de dezembro de 1975**. Institui o Código de Urbanismo integrante do Plano Diretor Físico do Município de João Pessoa, suas normas ordenadoras e disciplinadoras e dá outras providências. Disponível em:

<https://leismunicipais.com.br/a1/pb/j/joao-pessoa/lei-ordinaria/1975/210/2102/lei-ordinaria-n-2102-1975-institui-o-codigo-de-urbanismo-integrante-do-plano-diretor-fisico-do-municipio-de-joao-pessoa-suas-normas-ordenadoras-e-disciplinadoras-e-da-outras-providencias>. Acesso em 5 out. 2021.

MODESTO, Celina. Águas poluídas aumentam doenças. *In*: BRASIL. **Agência Nacional das Águas**. Disponível em: <https://www.ana.gov.br/noticias-antigas/aguas-poluadas-aumentam-doencassas.2019-03-15.9801114141>. Acesso em: 15 nov. 2021.

MOURA, Verena Cibele Soares. **Impactos ambientais da urbanização**: esforços da pesquisa brasileira e mapeamento e percepção de moradores na cidade de Santarém, Pará. 2019. Dissertação (Curso de Mestrado em Sociedade, Ambiente e Qualidade de Vida). Centro de Formação Interdisciplinar da Universidade Federal do Oeste do Pará. Santarém-PA, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufopa.edu.br/jspui/bitstream/123456789/137/1/Disserta%C3%A7ao_Impactosambientaisdaurbanizacao.pdf. Acesso em: 18 nov., 2021.

PARAÍBA. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado da Paraíba, 5 de outubro de 1989**: Atualizada e acompanhada dos textos integrais das Emendas Constitucionais n.ºs. 1 a 39, bem como dos dispositivos e expressões suspensos por medida cautelar e os declarados definitivamente inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. João Pessoa, Assembleia Legislativa, 2015. Disponível em: <http://www.al.pb.leg.br/wp-content/uploads/2017/02/Constitui%C3%A7%C3%A3o-Estadual-Atualizada-at%C3%A9-a-Emenda-40-de-2015.pdf>. Acesso em: 7 set. 2021.

PASQUALOTTO, Nayara; SENA, Maurício Machado. **Impactos ambientais urbanos no Brasil e os caminhos para cidades sustentáveis**. *In*: **Revista Educação em Ação**, nº 61, set, 2018. Disponível em: <https://www.revistaea.org/artigo.php?idartigo=2861>. Acesso em: 15 nov., 2021.

RÁDIO Comunitária Voz Popular. (2020). Disponível em:

<https://cpcc.webnode.com.br/radcom-voz-popular2/>. Aceso em: 15 nov., 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 7.ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 18, ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

STIVAL, Robson Ivan. **Responsabilidade solidária no direito ambiental**. Curitiba: Appris, 2020.

RODRIGUES, Gabriel Benedetti; SILVA, Jaqueline da Costa; LEHFELD, Lucas; MARCOLINO, Marcela Helena. Responsabilidade ambiental (civil, administrativa e penal) e sua complexidade normativa e jurisprudencial: dano moral ambiental. *In*: **Transições**, Ribeirão Preto, v. 1, n. 2, 2020, p. 156- 178. Disponível em: <https://periodicos.baraodemaua.br/index.php/transicoes/article/view/143>. Aceso em: 12 nov., 2021.

O PAPEL DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NA LUTA PELA MORADIA E PELA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA REURB-S À LUZ DA LEI 13.465/17

THE ROLE OF SOCIAL MOVEMENTS IN THE STRUGGLE FOR HOUSING AND THE SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY IN REURB-SA THE LIGHT OF LAW 13.465/17

ANTÔNIO UPIRAKTAN SANTOS*
WELISON ARAÚJO SILVEIRA**

RESUMO

Este artigo tem como objetivo apresentar o novo paradigma da regularização fundiária, os movimentos existentes na luta pela moradia a luz da lei 13.465/17. Uma inovação proposta pela lei nº 13465/2017 institui a reorganização das leis imobiliárias e urbanas nacionais que gira em torno da Regularização Fundiária Urbana (REURB), sendo instrumento que garante o direito à moradia. Este estudo visa investigar o processo de formalização fundiária, como ferramenta de inclusão social do grupo de baixa renda, bem como demonstrar que os movimentos sociais realizados por estes, são de extrema importância, e que os ajudam na busca constante pelos seus direitos. Ainda, relaciona a demanda por terrenos e moradias com a escassez de moradias urbanas. Aponta os principais pontos e as principais críticas ao novo paradigma de formalização fundiária. A metodologia utilizada na produção do artigo baseia-se na pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, ambas de natureza descritiva e no método dedutivo de análise com abordagem qualitativa, concluindo que a regularização fundiária urbana é um processo complexo, que tem por objetivo garantir o direito à moradia digna.

PALAVRAS-CHAVE: Regularização Fundiária Urbana. Direito à Moradia. Inclusão. Movimentos Sociais. Propriedade.

ABSTRACT

This article aims to present the new paradigm of land tenure regularization, the existing movements in the struggle for housing in the light of law 13.465 / 17. An innovation proposed by law nº. 13465/2017 institutes the reorganization of national real estate and urban laws that revolves around Urban Land Regularization (REURB), being an instrument that guarantees the right to housing. This study aims to investigate the process of land formalization, as a tool for social inclusion of the low-income group, as well as to demonstrate that the social movements carried out by them are extremely

* Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2021.1. E-mail: upiraktansantos@hotmail.com

** Mestre em Direito Econômico pela UFPB, integrante do Grupo de Pesquisa CNPq "Saberes Ambientais - Homenagem a Enrique Leff: Sustentabilidade, Impacto, Gestão e Direitos", professor de Pós-graduação. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (2006). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo e Direito Público, com especialização em andamento na área. É advogado com experiência em Direito Imobiliário, Terrenos de Marinha, Estratégias Processuais, Processo e Constituição, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Público, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direitos Fundamentais, Direito Imobiliário e Terrenos de Marinha. E-mail: wasoabgmail.com.

important, and that they help them in the constant search for their rights. It also relates the demand for land and housing to the scarcity of urban housing. It points out the main points and the main criticisms of the new paradigm of land formalization. The methodology used in the production of the article is based on bibliographic research and documentary research, both descriptive and on the deductive method of analysis with a qualitative approach, concluding that urban land regularization is a complex process, which aims to guarantee the right to decent housing.

KEYWORDS: Urban Land Regularization. Right to Housing. Inclusion. Social Movements. Property.

1 INTRODUÇÃO

Partindo do pressuposto de que a regularização fundiária urbana é um processo complexo, que tem por objetivo de garantir o direito à moradia digna, esse artigo tem como finalidade apontar os pontos relevantes do novo paradigma da regularização fundiária urbana, seus objetivos, e apontar críticas a essa inovação legislativa, trazendo como importância o papel dos movimentos sociais, na busca por direito à moradia, com fulcro na inovação proposta pela lei nº 13465/2017.

Essa inovação está diretamente relacionada a um antigo problema da sociedade brasileira: a carência habitacional. Nesse sentido, a própria formalização fundiária é um fator mitigador para amenizar o problema. É inegável que o grande número de cidadãos que não conseguem habitar na cidade formalmente, e se submetem a tornar-se residentes em condições escassas e desumanas de moradia.

Esses residentes não detêm posse da terra ou regularização de propriedade em que se instalam. Além dos riscos inerentes à autoconstrução, também sofrem com a insegurança jurídica, como lesões físicas e psicológicas, e ainda com a ocorrência de incêndios, deslizamentos de terra e inundações. A vida dessas pessoas está em constante perigo devido à falta de um plano urbano que seja humanitário.

Existem correntes teóricas que tratam dessa temática, as quais são apresentadas nesse estudo que perceberam que seria benéfico se o instituto de regularização fundiária fosse utilizado no processo de formalização fundiária dentro da faixa REURB-S para a população carente e de baixa renda, pois pode garantir a propriedade da terra onde essas pessoas vivem e do lugar onde vivem.

Acredita-se que a REURB-S configura essencialmente um mecanismo representativo, e em alguns casos, visa coordenar o exercício das funções do governo metropolitano e seu comportamento específico, com o desempenho do indivíduo,

como escopo para facilitar o processo de planejamento urbano para se adaptar ao uso da área de ocupação.

Nesse sentido, a hipótese deste trabalho consiste em defender a tese de que, embora alguns benefícios tenham sido reconhecidos na aplicação dos órgãos de regularização fundiária no âmbito da REUB-S, a sua implantação em larga escala pode ser prejudicial e desfavorável ao processo fundiário, o que torna os movimentos sociais importantes, sobretudo diante dos princípios constitucionais básicos a serem garantidos por qualquer processo de formalização: a função social da propriedade e o direito à moradia.

Para atingir a finalidade proposta, o estudo foi dividido, a partir dessa introdução, em três seções: a primeira trata da função social da propriedade e, dentro dela, inserimos a abordagem sobre o direito à moradia. A segunda foca seu argumento em torno do novo paradigma da regularização fundiária urbana, adentrando no objeto de estudo propriamente dito. A terceira discorre sobre os movimentos sociais, situando-o como recurso de enfrentamento da luta por moradia, destacando a realidade do município de João Pessoa. Nas considerações finais, são enfatizados pontos relevantes da pesquisa.

2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A propriedade é definida por lei como: "direito de propriedade refere-se ao direito de usar, desfrutar, desfrutar e dispor de uma determinada mercadoria e obter a mercadoria de uma pessoa que possui indevidamente a mercadoria." (BRASIL, 2002). Porém, mesmo que você tenha o direito de usar e possuir a propriedade, é necessário analisar sua função social, nas palavras de Albuquerque (2018, p. 52):

A função social está integrada, pois, ao conteúdo mínimo do direito de propriedade, e dentro deste conteúdo está o poder do proprietário de usar, gozar e dispor do bem, direitos que podem ser objetos de limitações que atentem a interesses de ordem pública (sic) ou privada.

Tendo em vista essa perspectiva, deve-se ressaltar que, para realizar a função social da propriedade, dois requisitos devem ser atendidos: ela deve satisfazer os interesses da ordem pública e os interesses de ordem privada. Em 1946, o texto constitucional complementou a função social da propriedade como: o uso da propriedade deve ser condicionado ao bem-estar social. Nas palavras de Bertuol

(2019, p. 7): “Em seus artigos 141, parágrafo 16, e 147, preconizou que se promovesse a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

A função social da propriedade desempenha importantes papéis na sociedade e poderes importantes para o proprietário, sendo de grande viés que seja expressa em lei para assegurar a efetividade de seus direitos. O direito do proprietário de possuir suas próprias coisas também é responsabilidade da comunidade, ou seja, a propriedade dá frutos e cumpre sua função social.

Conforme o art. 1228 do Código Civil, “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (BRASIL, 2002). Ainda o art. 5º, inciso XXII, da Constituição de 1988, refere-se ao direito de propriedade individual, a constituição dispõe de proteção expressa ao direito da propriedade, garantindo os direitos e deveres de quem a possui (BRASIL, 1988).

Em poucas palavras sintetiza-se a função social da propriedade esclarecendo o seguinte: a propriedade não é apenas um direito, mas também uma obrigação que deve ser cedida a todos como direito fundamental, já que tem seu tópico expresso na carta magna. A função social da propriedade é dada como um instrumento de equilíbrio da atividade econômica e para conter o uso inapropriado de proprietário que não atende ao seu interesse social.

2.1 DIREITO À MORADIA

O direito à moradia é basicamente o direito à moradia própria. Para quem já construiu casa própria, o problema parece medíocre. No entanto, habitação e propriedade são questões que historicamente têm sido tratadas em diferentes campos, desde a sua concepção jurídica até o modo de sua inserção no contexto das políticas públicas que tratam dessa questão.

O artigo 6º da Constituição de 1988 estipula o direito à moradia. Esse direito foi proposto na Carta Magna de acordo com o disposto na Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000 (BRASIL, 2000). Apesar dessa introdução tardia, uma vez que a história da Constituição Federal remonta a 1988, o texto constitucional citado implica em respaldo a esse direito (BRASIL, 1988).

O direito a moradia faz parte dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais romperam as barreiras do liberalismo no século 20 e acrescentou

direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos ao campo jurídico. Diante da desigualdade social, baseia-se no ideal de igualdade e na atuação positiva do país na vida pessoal. A esse respeito, Silva (2016, p. 288) argumenta nos seguintes termos:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

No direito internacional, verifica-se que a primeira Constituição a regular a ordem social e econômica foi a Constituição Alemã de Weimar de 1917. Antes da promulgação da Constituição alemã, outros países também começaram a adotar essa disposição em seus sistemas jurídicos. No Brasil, a primeira Constituição foi a de 1934 que passou a estipular esses direitos (SILVA, 2016)

O referido autor ensina que embora capítulos separados sejam usados para prever direitos sociais, ordem econômica e ordem social, a previsão desses capítulos não adota distinção fundamental. Até porque os direitos sociais são inerentes à ordem econômica (SILVA, 2016). E, uma vez que o direito à moradia inclui a proteção dos direitos pessoais, ele faz parte da lista dos direitos sociais.

Sobre essa questão, Silva (2016, p. 319), explicou que foi confirmado desde o início que se tratava de um direito, não só relacionado com outras garantias básicas no seu conteúdo, mas também relacionado com os princípios e objetivos básicos da República do Brasil, pelo que a sua relevância era evidente:

[...] a compreensão do direito à moradia, como direito social, agora inserido expressamente em nossa Constituição, encontra normas e princípios que exigem que ele tenha aquelas dimensões. Se ela prevê, como um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), assim como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), e que a casa é um asilo inviolável (art. 5º, XI), então tudo isso envolve, necessariamente, o direito à moradia. Não fosse assim seria um direito empobrecido. [...] está prevista em vários dispositivos de nossa Constituição, entre os quais se destaca o art. 3º, que define como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil constituir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização - e não há marginalização maior do que não se ter um teto para si e para a família-, e promover o bem de todos, o que pressupõe, no mínimo, ter onde morar dignamente [...].

Além das normas e princípios gerais, princípios básicos e objetivos, o direito à moradia também se encontra no diploma constitucional: o art. 23, IX, da Constituição Federal de 1988, estabelece a competência comum dos governos federal, estadual, distrital e municipal para promover planos de construção de moradias e melhorar as condições de habitação e saneamento (SILVA, 2016).

Importa acrescentar que, no plano infraconstitucional, algumas das leis tratam do provimento da infraestrutura, as mais importantes em vigor têm como objetivo promover planos de construção de moradias e melhorar as condições de habitação e saneamento¹⁰, obedecendo a previsão do art. 23, IX (SANTIN; COMIRAN, 2018).

Sobre sua importância o direito à moradia, importante esclarecer que este preocupa-se com a ocupação de um lugar como residência para este lugar ficar habitual. Não é o direito de casa própria, embora este seja um suplemento indispensável para influenciar esse direito (SILVA, 2016, p. 318). Adentrando nessa seara Moraes (2018, p. 235), faz a seguinte advertência:

[...] o direito à moradia não tem que ser confundido com o direito de propriedade, por ser realizado por padrões legais que estimulam a prestação de imóveis com a finalidade habitacional. Reforçar um dispositivo do locador, como a penhorabilidade do bem de família, que pertence ao fiador do contrato de locação, descrito escrito no art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, que não contradizeria o direito à moradia, projetado pelo art. 6º, inciso, da CRFB, com a redação atribuída pela Emenda Constitucional nº 26/00.

Na frente de todo o estudo feito, é possível concluir que o direito à moradia é essencial para todos e uma questão de cidadania, o que nos leva a argumentar que o problema do déficit habitacional, tanto no seu aspecto qualitativo, quanto no quantitativo, juntamente com a dificuldade de acesso à moradia digna pelas pessoas, sobretudo para as famílias de baixa renda são problemas sérios que precisam ser enfrentados pelo poder público como um imperativo de justiça social, conforme garantias e princípios constitucionais da Constituição de 1988.

3 O NOVO PARADIGMA DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA

¹⁰ A esse respeito, consultar a lei nº 10.257/2001 - Estatuto da Cidade; a lei nº 11.977/2009 - Minha Casa Minha Vida, a lei nº 13.089/2015 - Estatuto das Metrôpoles e a recente lei nº 13.465/2017, fora a legislação civil, mais precisamente, o Código Civil de 2002.

A presente seção traz um recorte teórico em torno da nova lei da regularização fundiária, 13.465/2017, que traz, em sua brisa, o instituto tomado como o objeto deste estudo. De pronto, cabe assinalar que a definição de regularização fundiária que é também a formalização dos direitos de uso da terra é um conceito amplo e aberto, pois contém todas as ferramentas hábeis que podem fazer com que todos se adaptem às normas vigentes e cumpram com os requisitos necessários, para uma possível aquisição imobiliária.

Atualmente, a definição da padronização da propriedade fundiária ultrapassa o disposto na lei nº 11.977/2009 e na atual lei nº 13.465/2017. Deve referir-se ao cumprimento e à observância dos meios ordinários (não judiciais) de se atingir a segurança jurídica (formalidade legal) de uma unidade habitacional, loteamento, incorporação etc. (PAIVA, 2017). Essa nova padronização do solo urbano vai além do elemento legal de propriedade.

Trata-se da segurança jurídica dos cidadãos titulares de bens públicos ou privados que desejam formalizá-los. Abrangem outros aspectos relacionados à moradia adequada, como urbanização, medidas ambientais e sociais. Dessa forma, busca-se a efetiva formalização dos centros urbanos informais. Para compreender o novo paradigma da regularização fundiária urbana deve levar-se em consideração os conceitos utilizados, os quais foram extraídos do art. 11 da lei nº 13.465/2017:

Art. 11 [...].

I – **núcleo urbano**: assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural;

II – **núcleo urbano informal**: aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização;

III – **núcleo urbano informal consolidado**: aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município;

IV – **demarcação urbanística**: procedimento destinado a identificar os imóveis públicos e privados abrangidos pelo núcleo urbano informal e a obter a anuência dos respectivos titulares de direitos inscritos na matrícula dos imóveis ocupados, com o fim de realizar a averbação na matrícula destes imóveis da viabilidade da regularização fundiária, a ser promovida a critério do Município;

V – **Certidão de Regularização Fundiária (CRF)**: documento expedido pelo Município ao final do procedimento da Reurb, constituído do projeto de regularização fundiária aprovado, do termo de compromisso relativo a sua execução e, no caso da legitimação fundiária e da legitimação de posse, da

listagem dos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado, da devida qualificação destes e dos direitos reais que lhes foram conferidos;

VI – **legitimação de posse**: ato do poder público destinado a conferir título conversível em aquisição de direito real de propriedade na forma desta Lei, por meio do qual é reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb e são identificados seus ocupantes, o tempo da ocupação e a natureza da posse;

VII – **legitimação fundiária**: mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade imobiliária objeto da Reurb;

VIII – **ocupante**: aquele que mantém poder de fato sobre lote ou fração ideal de terras públicas ou privadas em núcleos urbanos informais. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Esses conceitos emergem como sendo fundamentais em face de tratar-se de elementos normativos que darão suporte ao direito à moradia em condições dignas. Deve ser destacado ainda, o art. 10 da lei nº 13.465/2017 elencando os objetivos da REURB a serem observados pelos entes políticos:

Art. 10 [...].

I – identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais;

II – criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes;

III – ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados;

IV – promover a integração social e a geração de emprego e renda;

V – estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade;

VI – garantir o direito social à moradia digna e a condições de vida adequadas;

VII – garantir a efetivação da função social da propriedade;

VIII – ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes;

IX – concretizar o princípio da eficiência na ocupação e no uso do solo;

X – prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais;

XI – conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher;

XII – franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária. (BRASIL, 2017)

Assim observa-se que o advento da lei nº 13.465/2017 trouxe perspectivas importantes para a população de baixa renda ao ampliar o rol de legitimados, cabendo observar que esse novo paradigma de regulação fundiária proposto pelo atual projeto de conversão da lei, comporta a burocratização total das condições anormais de determinadas propriedades, em certa medida divergentes da legislação vigente até então. Em outras palavras, se propõe a dar segurança jurídica às famílias de baixa renda que ocupam propriedades informais.

3.1 A TRÍPLICE FUNÇÃO SOCIAL (OU FUNÇÕES SOCIAIS): DA CIDADE, DA PROPRIEDADE, DA POSSE PRESENTE NA REURB

Com os olhos focados no exame REBUB, assumir o exame da função social da cidade, da propriedade e da posse, apresentada ao cenário jurídico mundial no início do século XX, por movimentos político-sociais que, necessariamente, encontraram alguns aspectos da Constituição Federal do México (1917) por Weimar (1919), projetando-se em tais padrões reais de paradigma: da concepção liberal e individualista para outra mais socialização, com limites marcados para o coletivo, é importante para melhor entendimento do objeto de estudo.

Segundo Ferriani (2017), no cenário político nacional, foi a partir da Constituição de 1934 que os interesses sociais e coletivos foram enfatizados em detrimento do indivíduo e, em particular, aqueles que são confrontados com eles, sendo o social e coletivo, alcançados, pois, a uma nova condição, divorciada do passado centralizador. A REURB representa, portanto, nessa perspectiva, um mecanismo, que é bem orquestrado e seriamente respeitado, pode, em um determinado momento, respeito e realização da função social da cidade, propriedade e posse.

Quando se observa na cidade, uma grande parte das áreas irregularmente ocupadas verifica-se que isso não é mais o problema de nossas cidades: eles são realmente a própria cidade, pois já está informalmente incorporada a esta. Se olharmos por este prisma, reconhecemos que as comunidades e áreas de ocupação irregular estão incluídas e precisam ser regularizadas, ou seja, um ambiente urbano mais saudável e produtivo deve ser integrado e com a garantia de haver segurança jurídica.

Da propriedade, não é suficiente viver, é necessário perceber que é decentemente e útil do título da licença suscetível ou livre para confirmar o conteúdo econômico da propriedade. Nesse sentido, Greenspan (2017, p. 243) leciona que “as pessoas geralmente não se esforçam para assumir o capital necessário para o desenvolvimento econômico se não tiverem certeza de que sua propriedade não é segura”.

Nesta toada, como um objeto natural para alcançar a propriedade e reconhecer no contexto das cidades tem-se a posse. Naturalmente, a posse qualificada, é usada para qualquer finalidade, em particular, socialmente ou

economicamente relevante, como verificada com a propriedade utilizada para alojamento. Nas palavras de Alvim (2019, p. 347):

A função social da posse engendra configurações protetivas a situações em nome das quais se protegerá, particularmente, a posse (em face de uma situação humana agregada à posse e benfeitorias feitas e socialmente prezáveis), especialmente com vistas à potencial possibilidade de atribuição do direito de propriedade ao possuidor, em tempo menor do que seria normal (v.g. art. 1.238, parágrafo único, comparando-se o caput de ambos os textos com os respectivos parágrafos únicos), e perecimento do precedente direito do titular da propriedade.

Ao setorizar em dois grandes grupos a Regularização Fundiária Urbana - REURB-S e REURB-E -, a lei nº 13.465/17 pretendeu dar proteção à tríplice função social. Em estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010, mais de 11 milhões de pessoas viviam em assentamentos informais, na época, era equivalente a 6% (seis por cento) da população brasileira. Principalmente nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro. No total, os municípios respondem por quase metade da área de favelas do país (IBGE, 2010).

Ainda, de acordo com pesquisa realizada pelo Centro de Estatística e Informação da Fundação João Pinheiro, em 2013, o déficit habitacional urbano era de 5,01 milhões de unidades, representando 85,7% do déficit habitacional total. No ano seguinte, o percentual do déficit habitacional total aumentou para 87,6% (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016).

Importa acrescentar sobre aspectos controversos, que refletem a inconstitucionalidade da lei nº 13.465/17, no tocante ao aumento da desigualdade social e da perspectiva de favorecer a concentração fundiária:

A Lei 13.465/2017 extrapolou a competência da União para legislar sobre normas gerais de direito urbanístico já que essa competência pertence aos Municípios, segundo o que dispõem os artigos 30 e 182 da Constituição Federal. [...]. A Lei 13.465/2017, ao promover profunda e complexa reestruturação dos regimes de regularização fundiária urbana, com foco na distribuição de títulos de propriedade, reforça a desigualdade social e consolida danos ambientais decorrentes de desmatamentos e ocupações ilegais de terras públicas e privadas (DODGE, 2019, *online*, apud RODRIGUES, 2019, *online*, grifo nosso)¹¹.

¹¹ Referente ao Parecer nº 192/2017-PGR, enviado ao Supremo Tribunal Federal (STF), da lavra da procuradora Raquel Dodge, defendendo a inconstitucionalidade da lei federal nº 13.465/17.

No parecer, a PGR sustentou que “a propriedade representada pela titularidade formal do bem indica a relação entre seu titular e a coletividade de pessoas”, sendo a função social da propriedade condicionada por esses atributos. Segundo a Procuradoria, o artigo 9º da lei nº 13.465/17 “sequer menciona a regularização fundiária como instrumento para garantia do direito à moradia, o que resulta na possibilidade de regularização para finalidades diversas”, como fica explícito em seu artigo 23 (MIGALHAS, 2019, *online*).

3.2 SETORIZAÇÃO DA REURB

Na lição de Carvalho (2019), a classificação será distribuída nas classes para compartilhar as condições de acordo com a ordem de extensão, ou para ser mais precisamente, os objetos de acordo com as semelhanças. Para separar o que existe entre eles, os mantêm em posições fixas e determina exatamente em relação às outras classes. Os vários grupos de uma classificação recebem o nome de espécies e gêneros, e as espécies designam os grupos contidos em um grupo maior, enquanto o gênero é o grupo mais completo que contém as espécies.

Portanto, deve ser levado em conta que as classificações são operações lógicas que existem para ajudar no conhecimento dos objetos, através da separação de elementos que são concedidos em critérios comuns. Em uma classificação, há uma certa classe como gênero e, através de diferenças específicas associadas ao conceito dessa classe, suas espécies e subespécies são formadas. Eles servem, acima de tudo, para contribuir com semelhanças e implantações.

No caso da REURB, o próprio legislador optou pela classificação (setores), tão incorporados na Regularização Fundiária Urbana, destacam-se a Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social (REURB-S) e a Regularização Fundiária Urbana de Interesse Específico (REURB-E). Uma corresponde à regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais cujo predominam a população de baixa renda e a segunda objetiva a regularização fundiária de núcleos informais ocupados por pessoas que não se enquadram na modalidade de baixa renda.

Ambos os casos de REURB-S, e REURB-E, pode solicitar sua instituição: os proprietários dos imóveis ou dos terrenos, os loteadores ou os incorporadores; os seus beneficiários, individual ou coletivamente, diretamente ou por meio de cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais,

organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis; a Defensoria Pública; o Ministério Público; a União, os Estados, o Distrito Federal e os próprios Municípios, diretamente ou por meio de entidades da administração pública indireta, conforme os artigos 14, incisos I a V e 28, I, ambos da lei nº 13.465/17 c/c o artigo 7º do Decreto no 9.310/18 (BRASIL, 2017; 2018).

Recomenda-se que a expansão do papel desempenhado pela legitimação torne a introdução do REURB ser uma das mudanças normativas a serem aplaudidas. Por outro lado, em casos de REURB-E, em que as taxas de juros sociais não são caracterizadas, limitantes, condições mais específicas mais restritivas, limitando, além dos instrumentos e mecanismos aplicáveis, evitam o risco de uma ocupação desenfreada de áreas públicas quando houver uma verdadeira desapropriação indireta.

Alguns outros aspectos do procedimento administrativo do REURB também devem ser destacados para revelar a diferença de tratamento, especialmente comprovados pelos artigos 33 e 34 da Lei nº 13.465/17 (BRASIL, 2017). Portanto, é o município que deve aprovar o projeto de regularização fundiária e estabelecer a responsabilidade das partes envolvidas.

3.3 LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE

O Instituto em estudo emergiu do advento da nova Lei de Regularização Fundiária, a lei nº. 13.465/2017, que visa promover a regulação da terra através do REURB (Regularização Fundiária Urbana), também uma nova forma de demarcação das áreas mencionadas anteriormente, que iniciará a regularização de núcleos urbanos informais. (TARTUCE, 2018).

O REURB consiste na aprovação do município de um projeto urbano, que foi conduzido por especialistas na região, que devem desenvolver a extensão do centro informal da cidade com demonstração de registros ou transcrições. Por esta razão, é necessário fazer um registro imobiliário anterior que vai além da pesquisa de referência para cada assentamento urbano que determina muitos caminhos circulares e áreas de uso público (SANTIN; COMIRAN, 2018).

A REURB cobrirá medidas legais, urbanas, ambientais e sociais para a incorporação de núcleos informais urbanos, para o planejamento territorial urbano e a

valorização de seus habitantes, de acordo com a escrita do art. 9º da Lei 13.465/2017. O parágrafo 1º do mesmo dispositivo estabelece que esse procedimento deve ser cumprido com os padrões ambientais, econômicos e sociais, bem como o propósito social da medição é observado (BRASIL, 2017).

O art. 15 da lei em comento traz o papel de vários institutos jurídicos que podem ser utilizados por meio da REURB, seja da categoria S ou da categoria E, para fins regulamentares, é importante enfatizar que é apenas exemplar e *numerus apertus*, vez que no dispositivo recompensado dela é usado o termo "sem prejuízo de outros que se apresentem adequados" (TARTUCCE, 2018, p. 7).

Ainda, no art. 15 da Lei 13.465/2017 se encontra o instituto da legitimação fundiária. É um instituto que pode ser usado tanto para REURB-S e REURB-E, e que só podem ser utilizados no contexto das REURB-S, como demonstram Cardoso e Cardoso (2018, p. 8):

Exclusivamente no âmbito da Reurb significa que salvo nas hipóteses de regularização fundiária urbana, não será possível o emprego da legitimação fundiária. Um dos aspectos mais originais da legitimação fundiária é a possibilidade de sua utilização tanto em áreas privadas quanto em áreas públicas, ao menos nos casos de Reurb-S (art. 23, § 4º).

Desta forma, as ações da regularização da terra urbana podem agora ser aplicadas mesmo em áreas localizadas no campo, desde que elas tomem características urbanas. Portanto, parece possível aplicar a legitimidade da terra em edifícios localizados fora da expansão urbana, desde que o núcleo tenha características urbanas (CARDOSO; CARDOSO, 2018). Note-se que:

A legitimação fundiária constitui modo originário de aquisição do direito real de propriedade (exceção ao princípio da continuidade) conferido por ato do Poder Público, exclusivamente no âmbito da Reurb, mediante Certidão de Regularização Fundiária (CRF), àquele que detiver áreas pública ou privada, unidade imobiliária com destinação urbana integrante de núcleo urbano informal consolidado (núcleo urbano de impossível ou difícil reversão), existente em 22 de dezembro de 2016. (AMADEI; PEDROSO; MONTEIRO FILHO, 2018, p. 52)

O art. 23 da lei 13.465/2017 prevê que a legitimação fundiária diz respeito a artigos originários da aquisição da lei imobiliária real conferida pelo poder público, exclusivamente sob a REURB. A lei será concedida àqueles que se mantêm em uma zona pública ou privada, como uma unidade imobiliária, com um destino urbano, consolidou núcleo urbano informal até 22 de dezembro de 2016. (TARTUCCE, 2018).

Do exposto, infere-se que a legitimidade fundiária é uma instituição que dá ao ocupante da área, no núcleo urbano informal de 22 de dezembro de 2016 para sua própria propriedade, e conseqüentemente sua propriedade é uma aquisição original, absolutamente livre de qualquer mácula, assemelhando-se ao instituto da usucapião.

4 SOBRE OS MOVIMENTOS SOCIAIS

A ação coletiva, de acordo com Tarrow (2019, p. 21) está na base dos movimentos sociais:

A ação coletiva pode assumir muitas formas – breve ou sustentada, institucionalizada ou disruptiva, monótona ou dramática. A maioria delas ocorre no interior das instituições, que agem em nome de exigências novas ou não atendidas e que se comportam de maneira que fundamentalmente desafia as autoridades.

Castells (2017, apud SANTOS, 2018, p. 21) enfatizou que o conceito de movimento social urbano foi proposto por este "explicou o que pode ser considerado um representante permanente da cultura". Apropriação segundo o fenômeno de urbanização e processo do capitalismo expressa a particularidade da forma social por si mesma.

Para Santos (2018) movimento social urbano refere-se ao movimento de grupos ou setores da população urbana com as seguintes características: a sua base na cidade e que nascem de suas contradições específicas. Os movimentos sociais contam com diversos recursos e mobilização para a sua ocorrência, partem de um determinado ponto em comum e ocorrem de maneira organizada. Neste âmbito, este tópico revisita a luta por moradia, seus reflexos e as condições que levaram a este cenário de lutas e transformações no município de João Pessoa/PB.

4.1 A LUTA POR MORADIA: REFLEXOS NO MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA

Com o aumento da demanda habitacional, nasceu o Sistema Financeiro de Habitação (SFH), com objetivo de promover a indústria da construção em todo o território nacional e promover a construção e aquisição de imóveis, especialmente a propriedade de grupos de baixa renda. Logo após a fundação do SFH, o Banco

Nacional de Habitação (BNH) foi estabelecido. Segundo Rodrigues (2018, p. 57), os objetivos do BNH eram:

[...] coordenar a política habitacional dos órgãos públicos e orientar a iniciativa privada, estimulando a construção de moradias populares financiar a aquisição da casa própria, melhoria do padrão habitacional e do ambiente eliminar as favelas aumentar o investimento da indústria de construção e estimar a poupança privada e o investimento.

Na cidade de João Pessoa, com o surgimento da política do BNH, a construção de loteamentos começou a crescer, por meio de conjuntos e populacionais, esses conjuntos são de importância estratégica para o adensamento da cidade, visando expandir a cidade a partir do eixo principal, por exemplo: a Av. Epitácio Pessoa e Av. Cruz das Armas que se tornou uma extensão da BR-101.

Em João Pessoa, o processo de urbanização da cidade ampliou-se e atraindo recentemente a estrutura urbana para a zona norte da cidade, bem como a equipe de empreendimentos próxima à Avenida Cruz das Armas reforçou a tendência de crescimento para a zona sul, conforme assinala Andrade (2017, *online*) sobre essa tendência:

[...] os bairros periféricos, ocupados por camadas mais populares, localizados principalmente no setor pericentral sul e oeste da cidade, a exemplo de Água Fria, Valentina, Geisel, Mangabeira, Funcionários e Alto do Mateus, vêm recebendo um crescente número de edificações habitacionais multifamiliares de três a cinco pavimentos, não obstante sua carência de infraestrutura e serviços.

A realidade atual da situação do crescimento urbano da cidade pode ser assim descrita:

A produção do espaço urbano da cidade reflete relações sociais onde há uma atuação predominante do capital, representado preponderantemente pelas construtoras, incorporadoras e promotores imobiliários, em associação com o Estado, que utiliza sua posição estratégica de detentor do controle sobre os instrumentos de ordenamento urbano, para beneficiar os interesses das classes dominantes, [...] (ANDRADE, 2017, *online*).

A explicação é simples, o alto preço da terra urbanizada determina o isolamento da população por classes de renda, o que gera uma carga social inversamente desproporcional à acessibilidade dos mantenedores da carga. Há alguns anos, a prefeitura de João Pessoa, investiu em diversos projetos habitacionais. "É pra Morar" é um deles.

Este projeto é parte da política pública municipal de habitação e visa atender às necessidades habitacionais de trabalhadores de baixa renda em diferentes situações: os sem moradia, os que vivem em áreas de risco ambiental, os que moram em áreas insalubres, os que contam com abrigos temporários ou os que vivem em condições de moradia instável.

Atualmente, os programas “Habitat Brasil” e “Moral Mel Hall” foram adotados como proposta para garantir a construção, reconstrução e melhoria das condições sanitárias de unidades habitacionais e famílias com vidas instáveis. Segundo o Instituto Polis (2016, *online*), há anos que a cidade de João Pessoa encontrava-se em:

[...] situação de grave violação ao direito à moradia adequada, fruto de ações reiteradas do Poder Público Municipal e Estadual de deslocamento da população miserável (sem-teto e de área de risco) para a periferia da cidade e até para cidades vizinhas. A concepção de habitação popular implementada pela Prefeitura no Programa ‘É pra Morar’ é ilegal por desrespeitar tanto a legislação municipal (Código de Obras, Plano Diretor e Lei Orgânica) como a legislação federal (Estatuto da Cidade), a própria Constituição Federal e os Tratados Internacionais de que o Brasil é signatário.

A moradia é direito fundamental constituído, o que significa que para obter moradia não se é necessário ter capital/dinheiro, pelo contrário, todos têm seus direitos resguardados constitucionalmente, e devem dispor de vida digna, bem como, o poder público deve contribuir para isso, seja através de implantações de projetos sociais ou de construção de pontos de apoios para os desabrigados.

Segundo Gomes (2017, p. 40), “a moradia é uma das mercadorias com direito de escolha: grande parte da população não tem o direito de adquiri-la, ou seja, não tem renda”. Dito isto, as mobilizações e os movimentos sociais são fatores importantes para a colaboração e busca de vida digna. À vista disso, calha enfatizar com base nas lições de Tarrow (2019, p.134) que:

[...] os movimentos institucionalizam suas táticas e tentam obter benefícios concretos para seus apoiadores através de negociações e acordos - um caminho que frequentemente é bem-sucedido ao custo de transformar o movimento em um partido ou grupo de interesse.

Para resolver o problema habitacional da cidade de João Pessoa, a prefeitura criou a Secretaria Municipal de Habitação de Interesse Social (SEM HAB). “A sua finalidade é coordenar a elaboração e a implementação da política habitacional

da Capital paraibana, bem como elaborar o programa habitacional e de regularização fundiária de João Pessoa”. (JOÃO PESSOA, 2019).

Note-se a importância do citado órgão na execução da política municipal de habitação: compete, ainda, à Semhab, “planejar, executar, acompanhar e desenvolver os programas e projetos do Governo Municipal relativos às atividades de habitação, bem como planejar, executar e fiscalizar os empreendimentos habitacionais da PMJP na cidade” (JOÃO PESSOA, 2019).

Desde a sua criação em 24 de janeiro de 2006, por meio da Lei nº 10.719, a Semhab tem atuado no sentido de realizar investimentos em moradia, tipo habitação popular em vários bairros da cidade de João Pessoa, para garantir o direito constitucional de acesso à moradia (JOÃO PESSOA, 2019).

A moradia é organizada devido às más condições de vida, lutando assim para conquistar a própria moradia e melhores condições. Sob a bandeira desta luta, o Movimento Nacional de Luta pela Moradia (MNLM) surgiu como um "novo tema" coletivo e homogêneo, definiu-o politicamente e explicou-o detalhadamente através de sua própria identidade (sem habitação). Em comunidades estabelecidas na luta, trabalhadores e trabalhadoras desafiam a realidade e lutam pelo direito a propriedade individual.

Dessa forma, a luta por moradia proporcionou investimentos nas áreas urbanas da cidade para maior comodidade, e notivou a criação de programas pontuais de habitação popular no município. Ocorre que no decorrer dos anos foram realizadas diversas modificações até uma implementação padrão de política pública que fosse de fato eficaz na luta por moradia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre as recentes mudanças na legislação brasileira na área da regularização fundiária urbana (REURB) destacam-se as estabelecidas por lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, devidamente regulamentado pelo Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018. A importância social e econômica de tais modificações, especialmente no momento atual da política urbana-ambiental, oportuno lembrar que o colapso inquestionável da grande metrópole nacional corresponde a uma verdadeira "crise de uma morte anunciada" que nos leva, por um reflexão necessária e corajosa em torno dessa questão.

Do atual estudo da legitimação fundiária, é possível concluir que se trata de instituto inovador para atribuir a propriedade total sem outra carga daqueles que querem se beneficiar, bastando que o núcleo urbano informal tenha sido consolidado em 22 de dezembro de 2016. No entanto, tornou-se claro que a simples concessão da autoridade pública da propriedade, sem observação mais critérios de boa fé e justiça, como: lapso temporal de ocupação, metragem da área, que o imóvel seja utilizado para fins de moradia ou produtividade, entre outros critérios, como ocorre no caso da usucapião ou no caso da legitimação de posse (institutos utilizados como parâmetro de comparação), enfraquece a eficácia do próprio Instituto que tem por objetivo regulamentar uma determinada área e garantir uma moradia.

Intensivamente, a REURB, tem um propósito e correspondência nobre, em teoria, o importante mecanismo para dar efeito à função social tripla ou às funções sociais de cidades, propriedade e posse, levando em conta o direito à moradia decente. Nesse sentido, a importância do processo de administração da REURB enfatizou-se para atuar como instrumento para motivar (ou não) a eficácia da regulação fundiária.

Por outro lado, a possibilidade do instituto trouxe benefícios para a população de baixa renda, que é uma regularização das REURB-S, que é capaz de garantir essa certeza jurídica de possuir um título atestado à propriedade, garantindo, aprimorando, um teto para residir com a família. Desta forma, no que diz respeito à hipótese de aplicação nas áreas públicas, esta propriedade na área pública sediará uma família, garantindo que tenham onde residir, que, por um lado, cumpre a função social da propriedade, uma vez que lhe dá uso adequado: para fins de moradia.

Por conseguinte, é reforçado o dever do acompanhamento cuidadoso e necessário das fases administrativas do regulamento do país urbano, tanto da REURB-S como da REURB-E, especialmente o estudo preparatório do desconforto e da situação jurídica, urbana e ambiental. Ressalta-se a necessidade e importância da elaboração de um projeto municipal em conformidade por um monumento descritivo e proposta de uma solução para problemas ambientais, urbanos e relutantes, sem esquecer o estudo técnico para situações de risco. Neste contexto, a responsabilidade dos agentes envolvidos, em caso de danos da consolidação da própria REURB, a responsabilidade deve ser solidária, objetivas e com base no risco criado.

A partir desta análise, quando o objeto de REURB-S está no local de infraestrutura precária, a parte da população de condição de baixa renda, não é

cumprida a função social da propriedade, nem o direito de moradia. Tal afirmação considera que a melhor definição de respeito pela função social acima mencionada é definida no plano mestre de cada Estado ou da Comunidade, é possível que a implementação do Instituto esteja em conformidade com as previsões constitucionais.

Finalmente, como exposto, o instituto apesar de algumas funções benéficas quando uma possível aplicação em REURB-S, os pontos negativos de sua aplicação têm ainda mais peso, tanto nas mãos do REURB-E, e por REURB-S, então o último caso, mesmo que garante um telhado para a população de baixa renda sob o prisma de uma base legal, não há garantia de que, nesse núcleo urbano informal, haverá infraestruturas básicas que garantam a qualidade de vida e a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Função social da posse**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2018.

ANDRADE, Patrícia Alonso de. **Verticalização em João Pessoa**: produção do espaço e transformações urbanas. *Arquitextos*, nº 204, ano 17, maio 2017. Disponível em: <https://vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/17.204/6555>. Acesso em: 14 maio 2021.

AMADEI, Vicente de Abreu; PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida; MONTEIRO FILHO, Ralpo Waldo de Barros. **Primeiras impressões sobre a lei nº 13.465/2017**. São Paulo: [s. n.], 2017. 96 p. Disponível em: http://www.arisp.com.br/lei_n13465_2017.pdf. Acesso em: 14 maio 2021.

ALVIM, José Manoel de Arruda. **Comentários ao código civil brasileiro**: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil, vol. XI, tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BERTUOL, Mayara Karoline. **Função social da propriedade**. *ETIC-Encontro de Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498*, v. 4, n. 4, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1802>. Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000**. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm. Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. **Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.089 de 12 de janeiro de 2015**. Institui o Estatuto da Metrôpole, altera a lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018**. Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana e estabelece os procedimentos para a avaliação e a alienação dos imóveis da União. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9310.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

CARDOSO, Antônio Carlos Apolinário de Souza; CARDOSO, Roberto Apolinário de Souza. O emprego da legitimação fundiária sobre as áreas de titularidade privada: um exame da proporcionalidade do artigo 23 da lei 13.465/2017. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, vol. 4, p. 102-120, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/330979665_O_emprego_da_legitimacao_f

undiaria_sobre_as_areas_de_titularidade_privada_um_exame_acerca_da_proporcionalidade_do_artigo_23_da_Lei_1346517. Acesso em: 22 abr. 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. 3. ed., São Paulo: Noeses, 2019.

FERRIANI, Adriano. Concessão de uso especial para fins de moradia. *In*: ALVIM, José Manoel de Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto. **Fundamentos Constitucionais do Estatuto da Cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GOMES, Márcia M^a Costa. **A cidade dos olhos verdes**: precariedade urbana (um estudo sobre as implicações sócio espaciais da lei que altera o uso das áreas verdes para construção de habitação popular em João Pessoa). João Pessoa: UFPB, 2017. Disponível em: www.periodicos.ufpb.br. Acesso em: 22 maio, 2021.

GREENSPAN, Alan. **A era da turbulência**. São Paulo: Campus, 2017.

IBGE. **Censo Demográfico 2010**: Aglomerados Subnormais: Primeiros Resultados. 2010. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/tipologias-do-territorio/15788-aglomerados-subnormais.html?edicao=16119&t=sobre>. Acesso em: 22 mar. 2021.

INSTITUTO POLIS. **1º Informe da missão a João Pessoa do relator nacional do direito à moradia adequada**: violação à dignidade humana das famílias de baixa renda em João Pessoa. Disponível em: www.direitoacidade.org.br/tematicas16.asp?cd_camada1=16&cd_camada2=116. Acesso em: 22 mar. 2021.

JOÃO PESSOA. Secretaria de Habitação Social. **Prefeitura Municipal de João Pessoa**: secretaria e órgãos, 12 nov.2019. Disponível em: <https://www.joaopessoa.pb.gov.br/secretaria/semhab/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

MIGALHAS. ADIn 5.833: lei sobre regularização fundiária é inconstitucional, afirma PGR. **Migalhas**, 13 jan., 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/294058/lei-sobre-regularizacao-fundiaria-e-inconstitucional--afirma-pgr>. Acesso em: 21 abr. 2021.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PAIVA, João Pedro Lamana. Regularização fundiária: reflexos sobre as inovações legislativas. *In*: **Encontro Nacional dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, XLIV**, 2017, Curitiba: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB, 2017. Disponível em: <http://irib.org.br/files/palestra/xliv-tema-06-joao1.pdf>. Acesso em 30 maio 2021.

RODRIGUES, A. M. **Moradia nas cidades brasileiras**. 10. ed. São Paulo: Editora Contexto, 2018.

RODRIGUES, Sabrina. Raquel Dodge defende inconstitucionalidade da lei da grilagem. **O Eco**, 9 jan. 2019. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/noticias/raquel-dodge-defende-inconstitucionalidade-da-lei-da-grilagem/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

SANTIN, Rigo Janaína; COMIRAN, Rafaela. Direito urbanístico e regularização fundiária. **Revista Direito de Cidade**, vol. 10, n.3 p.1595-1621, 2018. https://www.researchgate.net/publication/326614725_DIREITO_URBANISTICO_E_REGULARIZACAO_FUNDIARIA. Acesso em 22. abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2016.

TARROW, Sidney. **O poder em movimento: movimentos sociais e confronto político**. Trad. Ana Maria Sallum. Petrópolis: Editora Vozes, 2019.

TARTUCE, Flávio. A Lei da Regularização Fundiária (Lei 13.465/2017): análise inicial de suas principais repercussões para o direito de propriedade: análise inicial de suas principais repercussões para o direito de propriedade. *Pensar – Revista de Ciências Jurídica*. **Revista da ESMESC**, v.27, n.33, p. 389-420, 2020, Fortaleza, v. 23, n. 03, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/7800/pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

MEDIAÇÃO VÍTIMA-OFENSOR COMO UM INSTRUMENTO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

VICTIM-OFFENDER MEDIATION AS AN INSTRUMENT OF RESTAURATIVE JUSTICE IN THE FRAMEWORK OF CRIMINAL LAW

JOZARLLYSON DA SILVA RODRIGUES*
CAMILLA DE ARAÚJO CAVALCANTI**

RESUMO

Este artigo tem como objetivo esclarecer de que modo a mediação vítima-ofensor atua como um instrumento de justiça restaurativa no campo do direito penal. Como se sabe, a todo indivíduo condenado pela prática de um crime se aplica uma pena. O modelo de justiça retributiva tem como foco principal a punição do infrator. Entrementes, é preciso reconhecer que um delito envolve muitas outras questões além da punibilidade do autor. Deve-se também levar em consideração os impactos do crime na vida da vítima e na sociedade. É nesse contexto que entra a justiça restaurativa, que envolve várias ações estruturadas para solucionar conflitos de forma pacífica e consensual, como por exemplo, a mediação vítima-ofensor. Nessa senda, surge o seguinte questionamento: de que forma a mediação vítima-ofensor pode ser uma boa alternativa para a solução de conflitos na seara do direito penal? O presente estudo foi realizado pelo método dedutivo de análise e abordagem qualitativa, com pesquisa bibliográfica de natureza descritiva. Sendo assim, o que se busca é proporcionar uma melhor compreensão a respeito da justiça restaurativa, especialmente no tocante à mediação vítima-ofensor como uma ferramenta de extrema relevância para a resolução dos conflitos penais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Justiça Restaurativa. Mediação Vítima-Ofensor.

ABSTRACT

This article aims to clarify how victim-offender mediation acts as an instrument of restorative justice in the field of criminal law. As is known, every individual convicted of a crime is subject to a penalty. The retributive justice model has as its main focus the punishment of the offender. In the meantime, it must be recognized that an offense involves many other issues besides the punishment of the perpetrator. Account must also be taken of the impacts of crime on the victim's life and on society. It is in this context that restorative justice enters, which involves several structured actions to resolve conflicts in a peaceful and consensual way, such as, for example, victim-offender mediation. Along this path, the following question arises: how can victim-offender mediation be a good alternative for resolving conflicts in the area of criminal law? The present study was carried out by the deductive method of analysis and

* Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2021.1. E-mail: jozarlllyson.rodrigues@fespfaculdades.edu.br.

** Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (2011) e Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2014). Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015). Atualmente é professora substituta de Direito Privado da Universidade Estadual da Paraíba - UEPB, campus Campina Grande e professora da Graduação da FESP Faculdades. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Direito Civil.

qualitative approach, with bibliographic research of a descriptive nature. Therefore, what is sought is to provide a better understanding of restorative justice, especially with regard to victim-offender mediation as an extremely relevant tool for the resolution of criminal conflicts.

KEYWORDS: Criminal Law. Restorative Justice. Victim-Offender Mediation.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará o papel da mediação vítima-ofensor como um instrumento de justiça restaurativa na solução dos conflitos de direito penal. Serão demonstrados os benefícios que a utilização desse método pode trazer não só para o infrator, como também para a vítima e a comunidade que porventura tenha sido afetada pelo delito em questão.

No momento em que um crime é consumado e que as pessoas tomam conhecimento do fato, é natural observar uma elevada ânsia por justiça. De maneira geral, a concepção que a vítima e a sociedade possuem é a de que a punição do criminoso é a representação ideal do cenário mais justo diante da prática de um delito. Considerando o sentimento de impunidade gerado pelas falhas do sistema carcerário e pelas lacunas da legislação, ver um infrator sendo condenado pelo crime que cometeu pode ocasionar uma repentina sensação de alívio e justiça. Entretanto, é preciso enxergar também que uma transgressão não se resume apenas ao castigo do réu.

A justiça restaurativa parte da premissa de que além da punibilidade do responsável, é preciso levar em conta os efeitos do crime sobre a vítima e sobre a sociedade inserida nesse contexto. É aí que a mediação vítima-ofensor se revela como uma peça fundamental para obter resultados mais satisfatórios, que não se limitam à simples punição do autor do delito, mas que vão além por trazerem a participação direta do ofendido e da comunidade na solução do conflito.

O objetivo deste estudo é descrever de que maneira atua a mediação vítima-ofensor como um mecanismo da justiça restaurativa dentro do direito penal. A problemática que envolve o tema é a seguinte: de que forma a mediação vítima-ofensor pode ser uma boa alternativa para a solução de conflitos na seara do direito penal? A referida pergunta será respondida a partir da análise de posicionamentos doutrinários em conjunto com a legislação pertinente.

O estudo foi realizado pelo método dedutivo de análise e abordagem qualitativa, com pesquisa bibliográfica de natureza descritiva, pois foram extraídas informações contidas em livros e *sites* para que se pudesse obter a solução do problema acima apresentado. O presente artigo possui duas seções. A primeira aborda os aspectos gerais da sanção penal. A segunda explica a justiça restaurativa e o papel que nela desempenha a mediação vítima-ofensor.

Sendo assim, este artigo almeja pôr ao alcance do leitor um melhor entendimento a respeito da justiça restaurativa aplicada ao direito penal, especialmente quanto à importância do uso da mediação vítima-ofensor como um instrumento de auxílio para buscar a resolução dos conflitos penais de maneira amigável e benéfica para o infrator, vítima e sociedade.

2 ASPECTOS GERAIS DA SANÇÃO PENAL

Primordialmente, é importante assimilar o conceito de pena para que se possa compreender plenamente o assunto abordado no presente artigo. Gonçalves (2019, p. 226) aduz:

Pena é a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de uma infração penal e consiste na privação ou restrição de bens jurídicos determinada pela lei, cuja finalidade é a readaptação do condenado ao convívio social e a prevenção em relação à prática de novas infrações penais.

Destarte, a pena é uma consequência imposta a um indivíduo pela transgressão do ordenamento jurídico penal, de modo que acarrete na sua reinserção dentro da sociedade e que sirva como uma forma de prevenir a reincidência. No que se refere à finalidade da pena, é certo que não existe um consenso entre os doutrinadores:

Existem várias correntes que tentam explicar a finalidade da pena, sendo certo que a maior parte dos autores, como aliás fez o legislador pátrio na Parte Geral do Código Penal, prefere adotar um posicionamento misto ou eclético, atribuindo à pena, ao mesmo tempo, as funções de retribuir e prevenir o crime. (PASCHOAL, 2015, p. 88)

Segundo Reale Júnior (2020, p. 30), “não se pode tentar estabelecer uma e exclusiva finalidade para a pena, pois diversas são as finalidades, de acordo com a perspectiva de quem olha e dos olhos de quem olha.” Em que pese às diversas

opiniões acerca da finalidade da pena, é de extrema importância conhecer cada uma das teorias utilizadas para fundamentá-la.

A começar pela teoria absoluta, que preconiza que a finalidade da pena é a punição daquele que comete uma infração penal. Dessa forma, “a pena se caracteriza como a retribuição do mal injusto que o criminoso causou pelo mal justo que a lei prevê” (CAPEZ, 2020, p. 485). Ou seja, aqui a prioridade é simplesmente obter a condenação do réu pelo delito praticado.

Há também a teoria relativa, que na visão de Fabretti e Smanio (2019, p. 327), enxerga “na pena uma utilidade prática, especificamente uma função preventiva de delitos futuros.” Sob esse viés, espera-se que a pena detenha um caráter educativo para o réu, de modo que promova a prevenção da prática de novos crimes.

Por fim, a teoria mista, conforme os ensinamentos de Capez (2020, p. 485), aduz que “a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*).” Como já mencionado anteriormente, a posição adotada pela legislação pátria e pela doutrina majoritária está em consonância com a referida teoria, ou seja, predomina a crença de que a pena tem caráter punitivo e ao mesmo tempo preventivo.

De acordo com o artigo 32 do Código Penal, as penas consistem na privação da liberdade, na restrição de direitos ou na aplicação de multa (BRASIL, 1940). São penas privativas de liberdade a reclusão e a detenção. Conforme prevê o referido diploma legal em seu artigo 33, a reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto a detenção, em regra, deve ser cumprida em regime semiaberto ou aberto (BRASIL, 1940).

Gonçalves (2019, p. 234) leciona:

A reclusão é prevista para as infrações consideradas mais graves pelo legislador, como homicídio, lesão grave, furto, roubo, estelionato, apropriação indébita, receptação, estupro, associação criminosa, falsificação de documento, peculato, concussão, corrupção passiva e ativa, denúncia caluniosa, falso testemunho, tráfico de drogas, tortura etc.

Como se nota, a reclusão se trata de uma pena mais rígida, aplicada aos crimes de maior potencial ofensivo. Gonçalves (2019, p. 234) completa o raciocínio:

Já a detenção costuma ser prevista nas infrações de menor gravidade, como nas lesões corporais leves, nos crimes contra a honra, constrangimento ilegal, ameaça, violação de domicílio, dano, apropriação de coisa achada, ato

obsceno, prevaricação, desobediência, desacato, comunicação falsa de crime, autoacusação falsa etc.

Portanto, é inequívoco que a detenção possui um caráter mais brando que o da reclusão. No que se refere às penas restritivas de direito, o artigo 43 do Código Penal especifica que são as seguintes: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, deve-se esclarecer que:

As penas restritivas de direitos, tal como acontece com as *penas privativas de liberdade*, implicam a diminuição de um bem jurídico do criminoso. Assim, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, por força de disposição legal, implicando certas restrições e obrigações ao condenado. (ANDREUCCI, 2020, p. 171)

A pena de multa encontra previsão no artigo 49 do Código Penal, a qual consiste no pagamento de um valor fixado pelo magistrado destinado ao fundo penitenciário, calculado em dias-multa, que não pode ser menor que 10 (dez) nem maior que 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (BRASIL, 1940). Paschoal (2015, p. 119) explica que “a pena de multa pode ser cominada como pena principal (isolada ou cumulativamente), ou pode ser aplicada em substituição à pena privativa de liberdade.”

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA E O PAPEL DA MEDIAÇÃO VÍTIMA-OFENSOR

Composta por um compilado de práticas de diversas nações, a justiça restaurativa ainda é um instituto jurídico recente e pouco abordado perante a sociedade. Sendo pauta de inúmeros debates no cenário mundial, em 24 de julho de 2002, a Organização das Nações Unidas (ONU) editou a Resolução n.º 2002/12, instituindo os princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal:

Nessa resolução, a ONU recomenda e incita os Estados Membros a adotar e desenvolver projetos de Justiça Restaurativa, estabelecendo ainda conceitos, princípios e diretrizes básicas para sua devida aplicação. Essa norma teve influência na adoção da metodologia restaurativa por vários países, incluído o Brasil. (MUNIZ, 2017, p. 12)

Atendendo a recomendação da ONU, no Brasil, a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário foi instituída por meio da Resolução n.º 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estabelece conceitos e orientações sobre a sua aplicação no campo do ordenamento jurídico penal brasileiro. Tendo sua origem atrelada aos seguintes aspectos:

Da necessidade de uma mudança na forma de ver o sistema punitivo surgiu a Justiça Restaurativa. Ela parte da noção de que o direito penal falha na pretensão de reeducar por meio da pena de prisão. Entende que é imprescindível a construção de uma nova saída ao modelo punitivo adotado pela sociedade atual. A Justiça Restaurativa traz princípios diversos do da justiça penal tradicional e se mostra como a primeira resposta eficaz a necessidade de resposta ao delito imposta ao Estado Democrático de Direito. (SILVA, 2016, p. 30-31).

Na mesma linha de pensamento, afirma Muniz (2017, p. 8):

Em uma concepção básica, Justiça Restaurativa, também denominada Justiça Reparatória, é um modelo de Justiça criminal não punitiva. Ao contrário da Justiça Penal, ela não trabalha com o conceito de pena e punição, mas de restauração da situação lesada pelo delito.

Como se pode extrair do que fora dito pelos autores acima, o modelo restaurativo trouxe uma ideia inovadora quanto à aplicação da pena. Muito embora a justiça retributiva tenha sido o padrão durante muitos anos, é fato que não tem atendido as expectativas quanto à prevenção de novos crimes, deixando também uma brecha com relação à reparação das lesões causadas pela transgressão.

É interessante destacar que, a vitimologia nos concedeu uma grande contribuição para a evolução da Justiça Restaurativa, levando em conta que ela intensificou e avançou seus estudos de direito penal não apenas sobre o infrator, mas também sobre a vítima. O abolicionismo e minimalismo também facilitaram e ajudaram nesse processo de modelo restaurativo, tendo em vista que esses modelos tentavam substituir um modelo unicamente punitivo para novas formas alternativas para a solução de litígios. (MIRANDA NETO, 2019, p. 12-13).

No que se refere ao conceito de justiça restaurativa, é possível encontra-lo no artigo 1.º da referida legislação:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais

motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado [...]. (BRASIL, 2016).

Nessa vereda, o antigo modelo retributivo, no qual se prioriza a punição do criminoso, dá lugar a um novo sistema constituído de uma série de práticas de caráter restaurativo, de modo que as resoluções dos conflitos penais se deem de maneira estruturada, motivando um diálogo pacífico entre a vítima, o infrator e a sociedade.

A justiça restaurativa tem, atualmente, como paradigmas preponderantes, a) o protagonismo voluntário da vítima, do ofensor e de pessoas da comunidade diretamente afetada, com a colaboração de mediadores (facilitadores); b) a autonomia responsável e não hierarquizada dos participantes; e c) a complementaridade crítica em relação às práticas do direito retributivo oficial, contribuindo, assim, para a concretização dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. (VASCONCELOS, 2020, p. 226)

Os princípios norteadores da justiça restaurativa encontram-se previstos no artigo 2º da Resolução nº 225/2016 do CNJ, senão vejamos:

Art. 2º São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade. (BRASIL, 2016)

É imperioso observar o que Gois (2018, *online*) argumenta:

A proposta da Justiça Restaurativa não visa abolir o sistema penal ou sua substituição por outro modo de controle social, mas, o que se pretende, são soluções em que haja um sistema eficaz para todos, tanto vítima, quanto ofensor e até mesmo à comunidade, objetivando uma recomposição dos danos causados pelo conflito, evitando, pois, o desgaste emocional que envolve todo o processo penal, onde, os próprios protagonistas da situação solucionariam a questão envolvida.

Destarte, a justiça restaurativa busca aproximar a vítima, o ofensor e a coletividade afetada pelo crime de maneira que cada um participe de forma independente e em iguais condições, o que proporciona uma solução mais humanizada por dar enfoque aos efeitos causados pelo delito e não apenas na aplicação da pena ao criminoso:

Percebe-se que não existe um diálogo, não existe um cuidado ou uma preocupação com o que se pode ocorrer a partir daquele momento. O estado irá punir o delinquente sem se preocupar com o futuro e muito menos com a

vítima e, ao final disso tudo existe uma chance enorme de tudo isso se repetir novamente, gerando ainda mais desgaste ao judiciário e consequências desastrosas para todos. (MIRANDA NETO, 2019, p. 37)

O modelo retributivo, por se empenhar unicamente em promover o castigo do infrator, deixa de dar atenção a questões de extrema importância, que são fundamentais para a completa reparação dos danos e que até mesmo contribuem para a prevenção de novos crimes (SILVA, 2016). Dessa maneira, a justiça restaurativa atua para suprir essas lacunas:

Nesse contexto, com a introdução no ordenamento jurídico pátrio da denominada justiça restaurativa, emerge a possibilidade de construção de um modelo próprio, calcado em práticas que possibilitem a reinserção dos ofensores, passando a integrá-los, inclusive, no processo de reparação pelos danos que promoveram. (ALVES, 2016, p. 20)

Ainda sobre o modelo restaurativo, Muniz (2017, p. 39) pontua:

Logo, a Justiça Restaurativa não prescreve uma resposta simples e formatada ao crime tal qual o Direito clássico, fundamentado na dualidade pena – quase sempre, privativa de liberdade – e medida de segurança. O delito deve ser considerado em todas as suas peculiaridades, como um caso único, para o qual caberá uma resposta única que não virá impositivamente de cima para baixo, mas sim da construção consensual das partes envolvidas.

Além de levar em conta as ofensas sofridas pela vítima, há também a preocupação com a ressocialização do réu. É por tal razão que se trabalha com este para que, de alguma forma, ele mesmo seja o responsável por “consertar” o erro cometido. Assim, além de apaziguar os ânimos com o ofendido, o infrator cria um cenário com melhores condições para o seu retorno à sociedade. Isso é possibilitado:

Através de técnicas como mediação, conciliação, encontro vítima-ofensor, conferências de grupo familiar e círculos restaurativos, promove-se o diálogo entre as partes para melhor esclarecimento do conflito, compreensão de diferentes pontos de vista, assunção da responsabilidade pelo ofensor, reconstrução de laços, apoio e suporte à vítima, dentre outros atos úteis à superação do conflito e à chegada a um acordo restaurativo. (MUNIZ, 2017, p. 9)

Como explicado acima, vários são os métodos utilizados para viabilizar a conversação entre os envolvidos no delito. Miranda Neto (2019, p. 14) explica:

Geralmente quem é vítima de algum tipo de delito recebe um grande dano emocional que muitas das vezes perdura por longos anos. A Justiça Restaurativa propõe de forma clara que um dos principais benefícios a serem gerados para a vítima é a recuperação do dano psicológico sofrido por ela.

O ofendido terá a chance de desabafar sobre as consequências do crime em sua vida, bem como ao ofensor será dada a oportunidade de explicar as suas motivações para ter agido de tal forma. De acordo com Lima (2019, *online*):

Para que ocorra a prática restaurativa, necessário o prévio, livre e espontâneo consentimento de todos os participantes, que podem desistir a qualquer momento, até a efetiva homologação do acordo, sendo resguardado o auxílio de advogados ou defensores públicos, se for o caso.

Portanto, antes de qualquer tentativa de acordo, os envolvidos devem manifestar a sua anuência de maneira independente, livre de qualquer coação, sendo-lhes assegurado o direito de desistência a qualquer tempo, desde que a transação ainda não tenha sido homologada. Ressalta-se também que ambos têm a prerrogativa de buscar orientação jurídica por meio de um advogado ou defensor público. Em outras palavras:

A ideia refletida pelo modelo restaurativo é um procedimento baseado no consenso, no qual as partes enquanto sujeitos centrais participam coletiva e ativamente na construção de alternativas para a cura das feridas abertas, dos traumas, das dores e das perdas provocadas pelo crime. (BRASIL, 2015, p. 333)

A partir da escuta dos participantes, se levantarão as mais diversas possibilidades para promover a superação de todos os danos causados, tomando por base as necessidades de cada um. Trata-se de uma tática que busca, além de restabelecer o equilíbrio psicológico, a reconstrução de um relacionamento harmonioso e pacífico, na medida do possível.

Considerando esse contexto de crise de legitimidade, a justiça restaurativa pode ser, sob o prisma institucional, um instrumento de aperfeiçoamento da administração da justiça. A Justiça Restaurativa, ao atribuir às partes a possibilidade de uma atuação mais ativa no processo, que se volta para enfrentar as consequências do delito, pode contribuir para a mudança da percepção negativa do Poder Judiciário. (VASCONCELOS, 2020, p. 228)

Com relação à fase processual em que pode se aplicar a justiça restaurativa, Lima (2018, p. 47) afirma:

No que se refere ao encaminhamento de casos para os programas de justiça restaurativa, o art. 7º da Resolução 225 o recomenda em qualquer fase de tramitação do processo judicial, sendo determinado pelo juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus Advogados e dos Setores Técnicos de Psicologia e Serviço Social.

Como dito pelo autor, é possível se valer da Justiça Restaurativa em qualquer fase processual, seja por determinação do magistrado ou por requerimento dos interessados. É importante destacar tal informação, uma vez que muitos podem deixar de recorrer à Justiça Restaurativa por achar que ela só pode ser utilizada no início do processo.

Enquanto alguns céticos optam por aderir à perspectiva generalista e inconsistente de que a aplicação da justiça restaurativa a delitos graves significaria um verdadeiro retrocesso, implicando o retorno ao exercício desproporcional e arbitrário da vingança privada, outros mais sensatos enxergam que tal extensão pode e deve ser prudentemente efetivada mediante práticas idôneas e consentâneas com os fundamentos e os princípios de um Estado Democrático de Direito. (LIMA, 2018, p. 48)

Ao colocar as partes em evidência, a justiça restaurativa possibilita que o Poder Judiciário, que atualmente recebe inúmeras críticas em razão de suas falhas, seja enxergado sob uma perspectiva diferente. Entrementes, Alves (2016, p. 41) destaca que, “muito eficaz para a resolução de conflitos através da construção de diálogos, a mediação é muito usada como prática restaurativa, levando quase sempre à conciliação.”

A mediação vítima-ofensor, ou mediação restaurativa, acolhe uma abordagem transformadora e sistêmica do conflito, pelo empoderamento e reconhecimento dos mediandos, ao modo do modelo transformativo de mediação. (VASCONCELOS, 2020, p. 239)

Como um dos principais instrumentos da justiça restaurativa, a mediação vítima-ofensor (MVO) vem demonstrando constantemente a sua importância no campo do direito penal. Em que pese as incontáveis avaliações negativas que a justiça criminal costuma receber, a MVO tem proporcionado resultados inéditos e muito mais eficazes no processo de restauração do ofendido e do infrator.

[...] a mediação penal como prática restaurativa promove, com a ajuda de um mediador, a comunicação e partilha de sentimentos de uma forma livre, onde as próprias partes constituiriam o veículo no processo de construção de

soluções para os seus problemas, conferindo-as plenos poderes para a resolução do seu conflito, de modo que os danos ocasionados pela prática do crime possam vir a serem reparados, na medida do possível, sob uma ótica do conflito de forma não adversarial, mas sim, de uma resolução restaurativa. (GOIS, 2018, *online*)

Por outro lado, é pertinente atentar para as sábias palavras de Miranda Neto (2019, p. 42):

É útil destacar que a mediação é muito importante para que o processo não volte a gerar um novo conflito, por isso a importância de que excelentes acordos sejam feitos, pois um mal acordo pode trazer consequências consideradas em um futuro, gerando a retomada de um problema.

Entrementes, Lima (2018, p. 37) faz a seguinte observação:

[...] o ideal é que haja uma sessão individual preliminar com cada um dos envolvidos – denominada de entrevista pré-mediação, acolhimento ou encontro privado – cujo propósito é permitir que o mediador tome ciência da perspectiva das partes quanto ao ato delitivo em questão, ao tempo em que explica o processo de mediação vítima-ofensor e apresenta as vantagens e desvantagens de se participar desse meio autocompositivo penal.

Ao optarem pela mediação para obter a solução do conflito, com o auxílio de um terceiro, que recebe a denominação de mediador, a vítima e o ofensor constroem um diálogo em que descartam o papel de adversários, se revestindo de empatia e, acima de tudo, do desejo de ver o conflito ser solucionado da maneira mais pacífica possível.

A função do mediador em um tipo de solução de conflito é de plena importância. O profissional em mediação precisa ser totalmente imparcial e equilibrado, precisa ensinar e motivar as partes a praticarem um diálogo saudável e favorável a ambos. (MIRANDA NETO, 2019, p. 42)

É de ímpar relevância destacar que o mediador deve possuir as habilidades necessárias para o exercício do cargo. Por ter ciência de que se trata de uma situação delicada e desgastante para todos os envolvidos, é fundamental que ele saiba estimular a vítima e o ofensor a conversar sobre o ocorrido de uma forma que não venha a provocar agressividade, o que geraria ainda mais desgastes.

O cuidado com a aplicação da mediação ou dos círculos restaurativos, ou mesmo técnicas restaurativas exigirá um empenho dos profissionais que lidam com o problema para que não seja a JR ferramenta de vingança privada, ou possa manifestar-se acentuando ou ressurgindo traumas

personais, a hipótese deve assegurar o desenvolvimento dos direitos humanos, e não um meio de retrocesso produzido na ânsia desenfreada de pioneirismos irresponsáveis. (ALVES, 2016, p. 42)

A Resolução n.º 225/2016 do CNJ também prevê a conduta a ser adotada pelo mediador, como se observa no artigo 8º, parágrafo 2º:

Art. 8º. Os procedimentos restaurativos consistem em sessões coordenadas, realizadas com a participação dos envolvidos de forma voluntária, das famílias, juntamente com a Rede de Garantia de Direito local e com a participação da comunidade para que, a partir da solução obtida, possa ser evitada a recidiva do fato danoso, vedada qualquer forma de coação ou a emissão de intimação judicial para as sessões.

[...].

§ 2º. O facilitador restaurativo é responsável por criar ambiente propício para que os envolvidos promovam a pactuação da reparação do dano e das medidas necessárias para que não haja recidiva do conflito, mediante atendimento das necessidades dos participantes das sessões restaurativas. (BRASIL, 2016)

Nessa vereda, o procedimento da mediação vítima-ofensor possibilita que cada uma das partes reconheça e compreenda as consequências do crime sob todos os aspectos. A partir de então, contribuirão de forma ativa para que se possa, de maneira consensual, encontrar uma solução que seja benéfica e favorável para ambas.

Assim dispõe Lima (2018, p. 36):

De um lado, à vítima é oportunizado que se expresse sobre as consequências experimentadas em razão do delito, bem como de demonstrar seus anseios de reparação; por outro lado, ao ofensor se possibilita externar seus motivos e assumir sua responsabilidade pelos efeitos produzidos ao outro (vítima e comunidade), tomando ele ciência do impacto material, psicológico e social de sua conduta.

Se a MVO resultar em conciliação, se faz necessário que sejam atendidos os requisitos previstos no artigo 2º, parágrafo 5º, da Resolução n.º 225/2016 do CNJ, que assim dispõe:

Art. 2º São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

[...].

§ 5º O acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e

proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos. (BRASIL, 2016)

Como bem colocado por Miranda Neto (2019, p. 42), “a mediação penal consiste em evitar que as partes sofram o estresse ou o medo do judiciário, onde em uma forma alternativa e dinâmica, os envolvidos procuram uma alternativa de exterminar aquele conflito.” Observa-se que ainda hoje existem delitos que permanecem ocultos diante da sociedade, o que acaba atrapalhando o processo de reparação do dano e ressocialização do infrator. Muitas vezes, a vítima deixa de denunciar o crime por receio de ter que se submeter ao sistema do poder judiciário.

A mediação penal é uma ferramenta restaurativa poderosa se for bem utilizada e trabalhada. Através desse tipo de processo, vários conflitos podem ser resolvidos sem a necessidade de ir ao judiciário, facilitando e contribuindo para a redução de inúmeros processos que lotam a justiça comum. Importante salientar que a obediência a todos os princípios da justiça restaurativa contribuem de forma primordial para que o processo alcance um bom êxito. (MIRANDA NETO, 2019, p. 42)

Sendo assim, a mediação vítima-ofensor acaba sendo o melhor caminho para aqueles que, por qualquer razão, se esquivam do poder judiciário. Trata-se de um procedimento dotado de maior simplicidade e mais humanizado, que por ter um envolvimento maior dos litigantes na resolução do caso, acaba trazendo resultados mais satisfatórios para ambas as partes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é possível concluir que a pena é a forma de retribuição que o Estado encontra para punir o indivíduo que desrespeita o ordenamento jurídico penal. Na doutrina não há um consenso quanto à finalidade da pena, mas a legislação pátria almeja que tal punição seja suficiente para prevenir a prática de novos crimes e para colaborar com a reintegração do transgressor ao convívio da sociedade.

São três as espécies de pena: privação da liberdade, restrição de direitos e aplicação de multa. A reclusão e a detenção são penas privativas de liberdade. As penas restritivas de direitos são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. A pena de

multa consiste no pagamento de um valor arbitrado pelo juiz, sendo o montante revertido ao fundo penitenciário.

A justiça retributiva tem como foco unicamente a aplicação da pena ao condenado. Em contrapartida, a justiça restaurativa idealiza um novo modelo para o direito penal, no qual se abrange outras questões de elevada importância, mas que nunca receberam tratamento no modelo retributivo. Por meio da Resolução n.º 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, foi instituída a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

Destarte, pôde-se compreender que a justiça restaurativa consiste em um conjunto de princípios, técnicas e práticas que visam proporcionar a compreensão das consequências do crime de maneira multidisciplinar, sempre buscando a solução dos conflitos de forma organizada. O seu principal objetivo é humanizar a resolução do delito, construindo uma relação pacífica entre o ofendido, o ofensor e a comunidade.

Os princípios responsáveis por nortear a justiça restaurativa são os seguintes: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

A justiça restaurativa promove práticas que vão auxiliar o infrator a reconhecer os danos causados por ele, incentivando-o a se responsabilizar pelo processo de reparação. Por fazer com que o ofensor se conscientize das consequências que o crime trouxe para si e para outros, a justiça restaurativa acaba sendo também uma medida eficaz de prevenção contra a reincidência.

As técnicas utilizadas pela justiça restaurativa priorizam a oitiva das partes, de modo que cada uma possa se expressar a respeito do delito. A vítima terá a oportunidade de falar sobre os impactos do crime na sua vida, enquanto ao infrator se possibilitará dizer quais foram as suas motivações. Se for o caso, a comunidade diretamente afetada pela transgressão também poderá participar.

Dentre as mais diversas práticas restaurativas, destaca-se a mediação vítima-ofensor, que também é chamada de mediação penal. Trata-se de uma técnica em que uma terceira pessoa, com habilidades para tal tarefa, conduz um diálogo sadio entre as partes, colocando-as em situação de igualdade para externar seus sentimentos com relação ao crime.

A partir do depoimento da vítima e do ofensor, se buscará a melhor solução para atender as necessidades de todos. Em quase todos os casos, a mediação resulta numa conciliação, o que é de grande valia para desafogar o Poder Judiciário. Por esta razão é que se deve atentar à importância de se oferecer uma boa capacitação aos profissionais mediadores, de modo que estes sempre criem um ambiente favorável para que as partes cheguem a um consenso.

Como se sabe, ainda existem muitos crimes que deixam de ser apreciados pelo poder judiciário pelo fato de que as pessoas deixam de denunciar, seja por receio de ter que se submeter ao processo judicial ou até mesmo por medo do transgressor. A mediação vítima-ofensor, nos casos em que puder ser aplicada, acaba por suprir essa lacuna.

Trata-se de um procedimento bem mais simples e também mais humanizado, no qual as partes poderão resolver o conflito sem ter que enfrentar as formalidades do poder judiciário, além de terem a oportunidade de reconstruir laços, quando isso for possível. Isso faz com que a vítima supere os traumas vivenciados pelo delito e também o medo do ofensor.

Portanto, não restam dúvidas de que a mediação vítima-ofensor é uma excelente alternativa para a resolução dos conflitos de direito penal, uma vez que propõe debates acerca do crime sob diferentes aspectos e de maneira que não instiga vingança nas partes, mas sim o desejo sincero de ver a situação resolvida, com a devida reparação dos danos e a ressocialização do infrator.

Assim sendo, esse estudo corrobora posicionamento dos doutrinadores citados na pesquisa mostrando que ao cumprir seu objetivo, a justiça restaurativa resgata o justo e o ético nas relações, nas instituições e na sociedade. Dessa forma, para além de remediar o ato de transgressão, a justiça restaurativa busca, também, prevenir e evitar que a violência nasça ou se repita, não se resumindo a um procedimento especial voltado a resolver os litígios.

REFERÊNCIAS

ALVES, Juliana Guedes. **Justiça restaurativa como novo paradigma de justiça na vara de execução de penas alternativas de João Pessoa-PB** (2016). Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL, Deilton Ribeiro. A justiça restaurativa como alternativa no tratamento de conflitos na administração da justiça penal. **Revista Unicuritiba**, 2015. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1363/920>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 25 abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2019.

GOIS, Jullieith Kellyn da Silva. A mediação como instrumento de justiça restaurativa no direito penal: um novo paradigma de justiça. **Revista Âmbito Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-170/a-mediacao-como-instrumento-de-justica-restaurativa-no-direito-penal-um-novo-paradigma-de-justica/>. Acesso em: 26 abr. 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Larissa Pinho de Alencar. Implantação da justiça restaurativa no Brasil exige reflexão pragmática. **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/larissa-pinho-implantacao-justica-restaurativa-exige-reflexao>. Acesso em: 25 abr. 2021.

LIMA, Rhaíssa Mayara de Andrade Araújo. **Justiça restaurativa e mediação penal: uma análise sobre a (in)aplicabilidade da mediação vítima-ofensor aos crimes de maior potencial ofensivo (2018)**. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018.

MIRANDA NETO, Luciano Abrantes de. **Os efeitos da justiça restaurativa no Brasil (2019)**. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal de Campina Grande, Sousa, 2019.

MUNIZ, André Garcia Sanches. **Justiça restaurativa no Brasil: perspectivas de uma alternativa à justiça penal (2017)**. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Barueri: Manole, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, Thainá Andretta. **Justiça restaurativa: um novo olhar para a resolução dos conflitos** (2016). Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

SEGURANÇA JURÍDICA E PRESERVAÇÃO DA ISONOMIA: UMA ANÁLISE ACERCA DAS DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO A REINTEGRAÇÃO DE MILITARES

LEGAL SECURITY AND PRESERVATION OF ISONOMY: AN ANALYSIS ABOUT JUDICIAL DECISIONS INVOLVING MILITARY REINTEGRATION

JOSÉ VALTER DOS SANTOS LIMA*
KEROLINNE BARBOZA DA SILVA**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo promover uma análise minuciosa em torno do estudo acerca das decisões judiciais, envolvendo a reintegração de militares com fulcro nos princípios da segurança jurídica e da preservação da isonomia que diz respeito ao Princípio da Igualdade, previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal que diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A análise da igualdade ou isonomia material é mais ampla e atribuída a todos os seres humanos que se encontrem nas mesmas condições. A igualdade ou isonomia formal, por sua vez, trata da igualdade dos indivíduos frente à lei, nos moldes do art. 5º da Constituição Federal. Destacou-se a importância desses princípios constitucionais no que diz respeito à reintegração envolvendo policiais militares, abordando decisões essenciais para garantir que o direito seja aplicado a todos sem distinção. Utilizou-se o método de estudo de leis, projetos e jurisprudências em torno desse problema, tendo análise dos estudos contemplando a pesquisa bibliográfica e documental e método dedutivo de análise. Verificou-se que em muitos casos ainda acontecem a quebra desse princípio, motivo pelo qual foi necessário ser exposto com uma pesquisa mais aprofunda dessa problemática. Conclui-se que as leis precisam ser mais flexíveis e, sendo necessária uma visão mais cuidadosa sobre o caso pelo judiciário, pois ao que se vê o órgão responsável por este problema, dificilmente vem priorizando a elaboração de planos para a resolução desse problema.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança Jurídica. Princípio da Isonomia. Reintegração de Servidores Públicos Militares.

ABSTRACT

This article aimed to promote a thorough analysis around the study of judicial decisions, involving the reintegration of military personnel with a fulcrum in the principles of Legal Security and the Preservation of Isonomy with regard to the principle of equality, provided for in art. 5º, caput, of the Federal Constitution which says that "everyone is equal before the law, without distinction of any kind". Material equality or equality is broader and attributed to all human beings who are in the same conditions. Formal equality or isonomy, in turn, deals with the equality of individuals before the law, along the lines of art. 5 of the Federal Constitution. The importance of these

* Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2021.1. E-mail: jose.lima@fespfaculdades.edu.br.

** Professora Universitária. Mestra em Ciências Jurídicas, com área de concentração em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Perícia Criminal e Ciências Forenses pelo Centro Universitário de João Pessoa. Professora em cursos preparatórios. Advogada. E-mail: kbsadvogada@gmail.com.

constitutional principles with regard to reintegration involving military police officers was highlighted, addressing essential decisions to ensure that the law is applied to all without distinction. We used the method of studying laws, projects and jurisprudence around this problem, with analysis of the studies including bibliographic and documentary research and deductive method of analysis. It was found that in many cases there is still a breach of this principle, which is why it was necessary to be exposed with further research on this issue. It is concluded that the laws need to be more flexible and, being necessary a more careful view on the case by the judiciary, because as it turns out, the body responsible for this problem, it is difficult to prioritize the elaboration of plans to solve this problem.

KEYWORDS: Legal Security; Principle of Isonomy; Reintegration of Military Public Servants.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Após a Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 2004 (EC nº 45/04), a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) deixou bem definida as competências das justiças militares no país. Por esse motivo, as demandas relacionadas às reintegrações judiciais que chegam as Organizações Militares (OM) são oriundas da justiça federal comum.

Praticamente em todas as Organizações Militares (OM) existem demandas relacionadas à ex-militares não estabilizados que buscam pela via judicial a reintegração ao serviço ativo, na situação de adido ou encostado, após terem sido licenciados (saída do serviço ativo). Esses são casos muito recorrentes que geram uma enorme quantidade de lides entre a União, pessoa jurídica de direito público, representada pela Advocacia Geral da União (AGU) em juízo, e particulares.

Assim, todos os reintegrados judiciais demandam um controle cerrado por parte dos responsáveis diretos e indiretos pela gestão do pessoal nas organizações militares, uma vez que dia após dia recursos são empregados visando à rápida recuperação, visando o mais breve possível a desvinculação total desses cidadãos que por alguma infelicidade tornaram-se incapazes temporariamente para o serviço ativo.

Nesse sentido, o intuito da pesquisa ora apresentada foi de analisar e mitigar possíveis impactos negativos e melhorar ainda mais procedimentos visando os direitos fundamentais, igualdade como princípio, segurança jurídica e as decisões judiciais. O presente trabalho teve como objetivo geral elaborar uma solução para mitigar as possíveis consequências na gestão do pessoal que podem ser geradas a

partir das reintegrações judiciais de ex-militares sem estabilidade, considerando como problema de pesquisa a seguinte questão: por que em muitos casos de reintegrações ainda acontecem a quebra do princípio da isonomia, gerando insegurança jurídica na condução dessa causa?

O presente trabalho, ao levantar o problema aqui apresentado, teve a intenção de quantificar e analisar os dados referentes às decisões judiciais que determinam a reintegração de ex-militares e a necessidade de ser melhorado os processos de gerenciamento do pessoal nas OM, no que tange ao controle das reintegrações de militares adidos e encostados.

Tendo sua elaboração contemplado a pesquisa bibliográfica e documental, e método dedutivo na análise dos dados, ressaltamos que essa pesquisa tem a intenção de ser um material que possa servir como fonte de pesquisa, de estudo para a administração militar e de incentivo para o estreitamento dos laços entre órgãos do poder judiciários (JF comum, Advocacia Geral da União - AGU - e Ministério Público - MP).

O texto foi organizado, a partir dessa introdução em cinco seções: a primeira tratada da segurança jurídica como princípio constitucional; a segunda sobre o princípio da isonomia, ambos essenciais para a abordagem ao objeto de estudo; a quarta trata das decisões judiciais selecionadas com base no problema de pesquisa; a quinta retoma a questão da segurança jurídica e a sexta contempla o princípio da motivação nas decisões; nas considerações finais são evidenciados aspectos relevantes do estudo.

2 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Entre os princípios jurídicos fundamentais inseridos em nosso ordenamento por meio da Constituição Federal de 1988, e que merece destaque, temos o princípio da segurança jurídica (LENZA, 2021). Esse princípio encontra-se inserido no seu artigo 5º, inciso XXXVI e, busca preservar a estabilidade das relações jurídicas, bem como dar garantia a proteção dos direitos da população submetidos à lei brasileira (MEIRELLES, 2019). O objetivo das leis é disciplinar situações futuras, e dessa forma uma lei passa a valer depois de decretada

O Estado de direito não comporta poderes absolutos, nossa Constituição Federal em vigor, afirma que o Brasil é uma República Federativa e dessa forma que

o poder emana do povo. Nosso modelo de governo é republicano, e nessa forma de organização o interesse coletivo se sobrepõe sobre a vontade de um só homem (DI PIETRO, 2021).

Para se evitar abusos ou ilegalidades, nosso poder público encontra-se distribuído em três ramos, e com funções específicas, são eles: poder legislativo, poder executivo e poder judiciário, consoante fundamentos da teoria da separação dos poderes, de Montesquieu, todos harmônicos e independentes entre si (ALQUATTI, 2020).

O direito fundamental à segurança é dotado de aspectos individuais, coletivos e difusos e encontra-se previsto nos artigos 5º da Constituição Federal de 1988. Este direito garante a todos os brasileiros a possibilidade de acesso ao poder judiciário e à justiça (LENZA, 2021). Dessa maneira, é responsabilidade do Estado garantir que todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes do país possam reivindicar seus direitos.

Cabe ao poder judiciário, responsável por interpretar as leis e dizer o direito, tomar certa cautela em suas decisões, e ao poder executivo pautar-se em suas decisões relacionadas aos assuntos internos ou das atividades administrativas em relação a outros órgãos, e autoridades. O inciso XXXV do artigo 5ª da Constituição Federal de 1988 assegura que: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988).

O conteúdo deste inciso trata, como mencionado anteriormente, do princípio constitucional do acesso à justiça, também chamado de direito de ação ou princípio da inafastabilidade da jurisdição. Este princípio possibilita que todos os brasileiros reivindiquem seus direitos e busca garantir uma atuação irrestrita do Estado para que as medidas necessárias sejam tomadas caso ocorra a violação ou ameaça de algum direito ou garantia.

Esse direito é colocado em prática por meio da movimentação do poder judiciário, que é o órgão competente para prestar a tutela jurisdicional, ou seja, julgar e decidir conflitos de maneira imparcial com base na legislação. As decisões do poder judiciário devem ser concretizadas, acontecer no tempo certo e de maneira efetiva.

Por meio deste princípio é possível compreender que a autossatisfação de interesses individuais, conhecida como “justiça com as próprias mãos”, conduta que é proibida no Brasil. Ou seja, em caso de violação de algum direito, nenhum cidadão ou pessoa jurídica está autorizado a tomar medidas para resolver o impasse, pois

apenas os órgãos do judiciário, mediante instrumento específico poderá adotar a conduta adequada, para cada caso.

Nossa Constituição Federal de 1988, ao assegurar em seu artigo 5º o direito à ampla defesa (inciso LV), busca garantir que ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal (inciso LIV). A tradição constitucional brasileira reconhece o direito fundamental à segurança individual, conforme observa Sämy (2015, *online*), em seu artigo “a positivação da liberdade” nas constituições brasileiras”, quando cita o artigo 179, caput, da Constituição de 1824 ao dizer que “a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.”

Apesar da inexistência da previsão expressa sobre a tutela da segurança individual na Constituição de 88, a topografia (caput, do artigo 5º) e o reconhecimento de inúmeros direitos em espécie acerca da segurança individual impõem a titularidade do direito fundamental à segurança aos indivíduos, sendo exemplo de direito em espécie a vedação à retroatividade da lei penal, para que não prejudique direito adquirido, a coisa julgada ou o ato jurídico perfeito, com exceção da situação de produzir benefício ao réu, de acordo com XL, artigo 5º do diploma legal em comento (BRASIL, 1988).

A certeza e a segurança jurídica possuem como última análise de ponto básico o direito estatal o qual tem o dever de se fazer valer as leis (MELLO, 2019). A confiança depositada em nosso ordenamento jurídico de que as leis serão cumpridas e que não retroagirão, confere uma mínima condição de previsibilidade a população, caso contrário se o passado, não for deixado de lado, o presente e o futuro permanecerão inseguros.

Assim sendo, podemos dizer que a segurança jurídica constitui a base fundamental do direito servindo como um alicerce, visando sempre o aperfeiçoamento e o desenvolvimento das relações humanas. Em complemento a essa argumentação, necessário se faz tecer breves considerações sobre o princípio da isonomia, aspecto indispensável para o entendimento do objeto de estudo.

3 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O Código de Processo Civil, lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, em seu

artigo 7º prevê o princípio da isonomia (BRASIL, 2015). Na verdade, esse princípio não é recente no sistema jurídico brasileiro, haja vista a consideração de que, a pessoa que melhor explicou o princípio da isonomia foi Rui Barbosa, na famosa Oração aos Moços que diz: “Nós devemos tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de suas desigualdades.” (FONSECA, 2019, *online*).

Então, na verdade, Rui Barbosa demonstra uma preocupação muito maior com a chamada isonomia material do que com a isonomia formal. A diferença é que a isonomia formal é aquela isonomia que está constante do texto da Lei, então, quando a lei fala que todos são iguais perante a lei, está se falando de isonomia formal, o que não é muito interessante quanto à isonomia material (FONSECA, 2019).

Ou seja, quais são as medidas, quais são as previsões práticas que efetivamente buscam reduzir as desigualdades entre as pessoas. E o Código de Processo Civil, no artigo 7º, concentrado nas ideias de isonomia material, prevê o seguinte:

Art. 7º: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais aos meios de defesa aos ônus aos deveres e à aplicação de sanções processuais competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (BRASIL, 2015).

Entendemos, portanto, que o diploma em comento explicita diversos princípios constitucionais, na linha do chamado direito processual constitucional, como se percebe nas colocações feitas por Alvim (2016, p. 60, apud COELHO, 2019, *online*, grifo nosso), quando afirma:

Da leitura do artigo, deve-se entender que a igualdade buscada é a real, substancial, ou seja, o Juiz deve, em concreto, proceder de modo a que ambas as partes, no exercício de seus direitos e faculdades processuais, bem como ao cumprirem ônus e deveres tenham reais condições de exercerem a participação efetiva no deslinde do feito, mediante a adoção de procedimentos que equilibrem em concreto, a posição das partes, com o que será possível dar-se concretude ao contraditório. Na aplicação das sanções processuais, deverá o Juiz, da mesma forma, zelar pelo tratamento isonômico.

No artigo 7º tem-se essa previsão geral da isonomia, então a ideia que existe é a seguinte: ao longo dos dispositivos do novo Código de Processo Civil é preciso identificar diversas passagens em que o legislador se preocupou efetivamente em tratar as partes dentro da isonomia. Com isso, talvez um dos melhores exemplos de

aplicação prática do princípio da isonomia, seja uma previsão constante no artigo 53 do CPC, que trata do assunto referente à competência, vejamos:

Artigo 53. É competente o foro:

- I - Para ação de divórcio separação anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:
 - a) de domicílio do guardião de filho incapaz; (BRASIL, 2015).

Repara-se no seguinte: quando o artigo 53, inciso I, alínea “a”, traz essa regra de competência ele está buscando tratar as partes desiguais na medida de suas desigualdades, pois parte-se da ideia de que a parte que fica com filho menor, que fica com o filho incapaz, é a parte que está em uma situação mais desfavorável. Então, em relação a ela foi prevista regra benéfica quanto à competência, numa tentativa de igualar as partes, restabelecer um equilíbrio processual.

Existem muitos outros vários exemplos em que o CPC preocupou com a isonomia, mas é preciso apontar algumas passagens do CPC em que o princípio da isonomia foi violado, o que é algo extremamente contraditório, porque seno Artigo 7º prevê o princípio da isonomia como uma verdadeira base do processo civil, ao longo dos seus artigos ele prevê disposições que violam a isonomia e isso é, no mínimo, contraditório.

Um bom exemplo de violação ao princípio da isonomia está inserido no próprio artigo 53:

Artigo 53. É competente o foro:

III - do lugar:

- f) da sede da serventia notarial ou de Registro para ação de reparação de dano por ato praticado em razão do ofício; (BRASIL, 2015).

Este artigo é um caso nítido de violação ao princípio da isonomia, porque está prevendo que naquelas situações em que se tem um prejuízo gerado a uma pessoa no âmbito das relações notariais ou registrais será o lugar da sede do cartório o lugar competente. Isso não faz sentido porque os cartórios hoje em dia são verdadeiras potências, então não tem sentido você dar uma regra de prevalência a eles em detrimento de uma pessoa física comum, sem estudos, que muitas vezes acaba sofrendo um dano. Isso mostra uma discrepância, uma violação do princípio da isonomia porque tendo dos cartórios a força que eles têm, não haveria necessidade da previsão de uma regra benéfica como essa.

Outro exemplo nítido também de violação ao princípio da isonomia está no Artigo 98 do Código de Processo Civil, mais especificamente no parágrafo 8º, na hipótese do parágrafo 1º, inciso IX:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. [...]

§ 8º Na hipótese do § 1º, inciso IX, havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6º deste artigo, caso em que o beneficiário será citado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento (BRASIL, 2015).

Importante salientar que nesse artigo existe a possibilidade da concessão de gratuidade da justiça para os cartórios. Em regra, esses cartórios têm um poder econômico tremendo, não tendo a menor explicação de o porquê prever para eles uma regra específica de concessão de gratuidade da justiça. Diante disso, embora se tenha visto que o princípio da isonomia é violado pelo próprio Código de Processo Civil, ele está previsto no artigo 7º como um dos princípios basilares do processo.

4 DAS DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO A REINTEGRAÇÃO DE MILITARES

A Justiça Militar da União é um órgão nacional especializado na aplicação da lei na categoria dos militares das Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica – julgando apenas os crimes militares definidos na legislação vigente (Código Penal Militar e na Legislação Penal Comum - Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 mais as Leis Penais Extravagantes - Alteração dada pela Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017).

Não se trata de um tribunal de exceção, já que atua de modo ininterrupto há quase duzentos anos, possuindo magistrados nomeados segundo normas legais permanentes e não é subordinado a nenhum outro poder. Além disso, a justiça militar também pode julgar civis, de acordo com as situações definidas na lei, o que não ocorre nas justiças militares dos Estados, que julgam apenas militares. Por exemplo, se um civil praticar um crime de furto em local sujeito à administração militar, tal como um quartel, poderá responder a uma ação penal militar perante a Justiça Militar Federal de 1ª instância.

Enquanto essa ampliação de competência da Justiça Militar da União não ocorre, as demandas relativas à ex-militares, sem estabilidade, reintegrados na condição de adido por apresentarem lesão ou incapacidade temporária sem relação de causa e efeito continuam a ser decididas pela Justiça Federal comum, como pode ser observado através da seguinte ementa do AG: 8004259520124050000, colacionada abaixo:

ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO LICENCIADO. DOENÇA GRAVE À ÉPOCA DO SERVIÇO CASTRENSE. DIREITO À REINTEGRAÇÃO, NA CONDIÇÃO DE ADIDO, DURANTE O PERÍODO DE TRATAMENTO, COM PERCEPÇÃO DO SOLDADO DA GRADUAÇÃO/POSTO QUE OCUPAVA ANTES DO LICENCIAMENTO. 1. Os documentos colacionados aos autos, quais sejam, boletim de atendimento do serviço de pronto atendimento do Exército, datado em 10/10/11; exames laboratoriais e atestados, também datados em 10/10/11; laudo de ultrassonografia cervical, datado em 8/2/12; relatório médico, datado em 4/7/12; resultado de exame laboratorial, com data de coleta em 17/4/12; laudo pericial, datado em 17/7/12, levam à conclusão de que o início da patologia do agravante (linfoma de Hodgkin) ocorreu em outubro/2011, quando o mesmo se encontrava na vida castrense - incorporado em 1/3/11, bem como antes do seu licenciamento, ocorrido em 31/1/12, por término de prestação do serviço militar. 2. Com efeito, o art. 82 da Lei nº 6.880/80, 9º o art. 140, parágrafos 2º e 6º, do Decreto nº 57.654/66, e, ainda, o art. 431 do Regulamento Interno e de Serviços Gerais, aprovado pelo Comandante do Exército, através da Portaria nº 816, de 19 de dezembro de 2003, amparam o entendimento de que o militar não estabilizado, em caso de incapacidade temporária, deve passar à condição de "adido", para fins de tratamento médico e pagamento do soldo. 3. Direito do agravante à reintegração, na condição de adido, durante o período de tratamento, com percepção do (a) soldo da graduação/posto que ocupava antes do licenciamento. 4. Precedentes desta Corte: AG132673 e APELREEX13488. 5. Agravo de instrumento parcialmente provido. (TRF-5 - AG: 8004259520124050000, Relator: Desembargador Federal Fernando Braga, Data de Julgamento: 18/03/2014, Segunda Turma).

Entende-se, sob a ótica do direito constitucional que ato nulo é aquele que não tem existência legal, um puro fato, que por isso não se revalida com a cessação da causa de nulidade nem com o decurso do tempo, nem com o fato aprobativo. Nas palavras de Lenza (2021, p. 408, grifo nosso), tais atos são:

[...] por consequência, **destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica**, com alcance, de modo vinculado e para todos, sobre os atos pretéritos, fazendo com que, para se ter uma ideia da amplitude desses efeitos, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade do referido ato normativo que tenha „revogado” outro ato normativo [...] **provoque o restabelecimento do ato normativo anterior**.

Dessa forma, é uma temeridade a exclusão de um servidor antes da sentença penal, caso haja ação penal, sob pena de ter que reconduzi-lo ao cargo posteriormente. Ora, é evidente que se o requerente for absolvido fará jus ao seu retorno ao cargo. Na mesma linha caminha a jurisprudência, conforme acórdão:

1) DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO E REINTEGRAÇÃO AO CARGO PÚBLICO. EXCLUSÃO DA CORPORação. SUPERVENIENTE SENTENÇA CRIMINAL ABSOLUTÓRIA, COM BASE NO MESMO FATO, QUE CONCLUI ESTAR PROVADA A INEXISTÊNCIA DA AUTORIA. REPERCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. A) Embora no ordenamento jurídico brasileiro prevalece, como regra geral, a independência das instâncias, excepcionalmente, há repercussão no âmbito administrativo, quando o Juízo Penal declara o fato não imputável ao servidor já punido administrativamente, exarando sentença absolutória que nega a existência da autoria. B) Com efeito, nos termos do artigo 126 da Lei nº 8.112/1990, aplicável ao caso por analogia, „A responsabilidade administrativa do Servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria “. C) Ademais, nos termos do artigo 935, do Código Civil, embora a responsabilidade civil seja independente da criminal, não se pode mais questionar sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas definitivamente no Juízo criminal. D) É bem de ver, ainda, que não é lógico que uma mesma ocorrência possa ser avaliada existente para fins de aplicação de sanção administrativa, e inexistente para fins de condenação penal. E) No caso, a propósito, a absolvição sumária do Servidor por ocasião da pronúncia, com fulcro no artigo 415, inciso II, do Código de Processo Penal, corrobora a assertiva de que os fatos e circunstâncias apurados no decorrer do processo administrativo disciplinar não permitiam um juízo de certeza a respeito de sua conduta. F) Desse modo, é certo que a inequívoca comprovação de absolvição na instância penal repercute na decisão administrativa, pois não é lícito que permaneça a exclusão do Autor se ocorreu absolvição das imputações que lhe foram dirigidas. (TJ-PR – CJ: 9403310 PR 940331-0 (Acórdão), Relator: Leonel Cunha, Data de julgamento: 23/10/2012, 5ª Câmara Cível).

Na primeira parte do acórdão em comento verifica-se que a comprovação de absolvição na instância penal repercute na decisão administrativa, pois não é lícito que permaneça a exclusão do autor se ocorreu absolvição das imputações que lhe foram dirigidas. E, na sua segunda parte a decisão sobre a restituição pecuniária a que faz jus, pela sua reintegração ao serviço:

2) DIREITO ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR REINTEGRADO NO CARGO POR DECISÃO JUDICIAL. DIREITO À RESTITUIÇÃO DOS SALÁRIOS E DAS VANTAGENS REFERENTE AO PERÍODO EM QUE FICOU AFASTADO DE SUAS FUNÇÕES. PRINCÍPIO DO ‘RESTITUTIO IN INTEGRUM’. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. A) É certo que o servidor público reintegrado no cargo do qual fora expulso tem direito à restituição integral dos vencimentos e das vantagens desde sua demissão até sua reintegração, nos termos dos artigos 271 e 272, da Lei nº 1.943/1954 (Código da Polícia Militar do Paraná). B) É bem de ver, ainda, que a

reintegração do Autor, por si só, não enseja a caracterização de danos morais, na medida em que provém de fato superveniente à sua exclusão, sentença absolutória na instância penal, a qual repercute na esfera administrativa, a fim de manter o equilíbrio e a coerência entre as decisões sancionatórias proferidas a respeito de um mesmo fato. C) Ademais, no caso, não se vislumbra, que o Autor tenha experimentado dissabor que ultrapassasse, dentro de um juízo de razoabilidade, a esfera do mero aborrecimento, ao quais todos se sujeitam na vida em sociedade e no cargo em que ocupava (TJ-PR – CJ: 9403310 PR 940331-0 (Acórdão), Relator: Leonel Cunha, Data de julgamento: 23/10/2012, 5ª Câmara Cível).

Não é outro o posicionamento jurisprudencial, conforme se depreende pelo acórdão a seguir:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. NÃO APROVAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. EXONERAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

1. Trata-se de remessa oficial da sentença que concedeu a segurança para anular Portaria via da qual o Reitor da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP/MG) exonerou a impetrante do cargo de Magistério Superior, ao fundamento de que o processo administrativo prévio estava eivado de vício insanável consistente na infringência aos princípios do devido processo legal e da legalidade, por constatada violação ao disposto no § 1º, do art. 20, da Lei 8.112/90 c/c art. 110 do Regulamento Interno/Regimento Geral da UFOP. 2. É cediço que o estágio probatório é o período de exercício do servidor durante o qual é observada e apurada pela administração da conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei, dentre os quais assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade. 3. Uma vez submetido à avaliação de desempenho durante o estágio probatório, e tendo sido constatado que o servidor não está apto para ser efetivado no cargo ao qual foi empossado, estará o servidor sujeito à exoneração do seu cargo, nos termos do art. 20, § 2º da Lei 8.112/90. 4. Contudo, a mera reprovação no estágio probatório do servidor público não autoriza, por si só, a sua exoneração por insuficiência de desempenho profissional sem a observância do devido processo legal, já que deve ser oportunizada a ampla defesa quanto às avaliações negativas. Precedentes do TRF - 1ª Região, STJ e STF. 5. Do conjunto probatório dos autos, constata-se que a reprovação da impetrante apelante no estágio probatório não se deu em razão de um fato isolado, mas por ter ela apresentado várias deficiências profissionais e funcionais ao longo dos dois anos em que trabalhou na instituição. 6. Ocorre que o conjunto probatório demonstra que houve vício na composição da comissão avaliadora, consoante se extrai de ofício assinado pelo Diretor do Departamento de Turismo, a que pertence a impetrante, via do qual questiona junto a Reitoria o fato de a Assembleia do Departamento não ter sido ouvida quando a composição da comissão avaliadora e ainda, não ter sido considerado que a maioria do próprio Departamento opinar pela permanência e ausência de motivação suficiente para o desligamento da docente. 7. Ante a violação ao princípio da legalidade, consubstanciado na inobservância do RI/UFOP no que prevê que o docente será avaliado pelo seu próprio departamento, ressaltando-se a irregularidade do processamento do ato administrativo impugnado, de forma a que se evidencia ilegítima a exoneração fundada em procedimento viciado/irregular. 8. Mantida a sentença que concluiu pela nulidade da Portaria nº 477/2006, mediante a qual a autoridade impetrada exonerou a impetrante do cargo de professor de 3º grau da UFOP, determinando a reintegração da impetrante com as prerrogativas de direitos inerentes ao cargo, ressaltando que tal ordem não

implica na paralisação de eventuais processos administrativos instaurados contra a impetrante. 9. Remessa oficial desprovida. (TRF-1 – REO: 00322428320064013800, Relator: JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), Data de julgamento: 25/02/2015, SEGUNDA TURMA, Data de publicação: 17/03/2015).

Diante dessa decisão, gera discordância no que se é praticado, sendo a exclusão precipitada do policial militar, caracterizada a verossimilhança necessária para a concessão da imediata reintegração às fileiras da polícia militar. Além disso, as polícias militares aplicam uma verdadeira inversão do ônus da prova, já que coloca sobre os ombros dos militares a obrigação de provar sua inocência, quando na verdade deveria ser feita a prova da culpa, nos exatos termos do artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil.

O *periculum in mora* é evidente, já que a exclusão priva os policiais de conseguir o seu sustento e de sua família, atingindo-o em sua dignidade, princípio norteador de nosso ordenamento jurídico, previsto no artigo 1º, III, da Constituição da República em vigor. Por outro lado, não há que se falar em irreversibilidade da reintegração, na medida em que a qualquer tempo poderá ser revista, desde que fatos probatórios novos sejam apresentados pela corporação.

Sendo assim, o entendimento da mais cristalina justiça é de que, deve-se obrigatoriamente obedecer aos princípios da ampla defesa e contraditório nos Conselhos de Revisão Disciplinar, Conselhos Disciplinar e Conselhos de Justificação. Quando assim desobedecidos, permite, através de ação ordinária, reintegrar o servidor e manter a sua dignidade (LENZA, 2021).

5 SEGURANÇA JURÍDICA E JURISPRUDÊNCIA

O tema da segurança jurídica não é uma discussão nova, sendo sua garantia essencial à satisfação dos interesses dos jurisdicionados. Sobre o princípio da segurança jurídica, Di Pietro (2019, *online*), esclarece:

O exemplo clássico de aplicação do princípio da segurança jurídica é o que decorre do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal (CF) de 1988, segundo o qual „a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito“. No entanto, outros se multiplicam, tais como (i) as regras sobre prescrição, decadência e preclusão; (ii) as que fixam prazo para a propositura de recursos nas esferas administrativa e judicial, bem como para que sejam adotadas providências, em especial a tomada de decisão; (iii) as que fixam prazo para que sejam revistos os atos administrativos; (iv) a que prevê a súmula vinculante, cujo objetivo, expresso no § 1º do art. 103-A da

CF, é o de afastar controvérsias que gerem „grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”; (v) a que prevê o incidente de resolução de demandas repetitivas, que também tem o objetivo expresso no art. 976, inciso II, do Código de Processo Civil (CPC) de proteger a isonomia e a segurança jurídica.

Assim, a segurança jurídica vem das leis elaboradas pelo Estado para seus cidadãos, traduzindo-se, portanto, através das normas e instituições do sistema jurídico, ao passo que a certeza do direito vem do conhecimento e da compreensão dessas normas, de saber quais direitos e obrigações lhe estão resguardados e, agindo, quais serão suas consequências.

Seguindo com esse raciocínio, não se discute que há certeza do direito que emana da lei. Todavia, pode-se falar também em certeza jurisprudencial, ou seja, pode existir certeza do direito com base nas decisões dos tribunais? Apesar de não se falar em jurisprudência como norma no direito brasileiro, deve-se ter em conta que algumas decisões dos tribunais superiores têm efeitos que ultrapassam a esfera privada das partes, atingindo toda a sociedade.

Além disso, a construção jurisprudencial tende a ser mais célere que o direito legislado. Quanto a isso, poderíamos citar exemplos de leis que foram inspiradas pela jurisprudência ou vieram apenas para cancelar práticas já admitidas pelos tribunais - veja-se como exemplo recente a exceção de pré-executividade, entendida como prevista pelo novo Código de Processo Civil em seu artigo 806, parágrafo único:

Art. 806. O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, em 15 (quinze) dias, satisfazer a obrigação.

§ 1º Ao despachar a inicial, o juiz poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo (BRASIL, 2015).

O que aqui se afirmar é que a segurança dada pela jurisprudência acaba por ser uma segurança qualificada com relação àquela assegurada pela lei. Isso porque os julgados representam uma interpretação particularizada da lei, demonstrando a sua aplicação no caso concreto. Assim, não se pode negar que um conjunto de julgados organizados, coesos, precisos e claros, pode ser extremamente útil para a garantia de tratamento igualitário em casos semelhantes, gerando a sensação de segurança e previsibilidade das decisões judiciais.

6 O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS

É de se observar que o princípio da motivação nas decisões judiciais tem uma significativa importância na questão da motivação dessas decisões. A própria Constituição de 88 no Artigo 93, inciso IX estabelece a obrigatoriedade da motivação das decisões, ou seja, o juiz precisa dizer o porquê daquela decisão judicial, vejamos:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, se o juiz determinar o bloqueio de ativos financeiros de um determinado devedor, ele precisa apresentar o motivo para justificar a causa desse bloqueio. Na mesma linha é em relação ao sigilo bancário ou fiscal de alguém, há necessidade de uma fundamentação, é preciso apresentar os dessa decisão judicial. Da mesma forma acontece com a decretação da prisão civil, por exemplo, de um devedor de alimentos, é preciso fundamentar, não podendo pura e simplesmente decretar a prisão, portando devendo haver uma motivação, uma fundamentação dessa decisão judicial (ASSIS, 2018).

A necessidade da fundamentação serve como um controle popular. Verifica-se que a essa observação em relação à motivação, ela serve como um controle popular. É claro que no Brasil isso não é feito com tanta frequência, as pessoas em certa medida até sequer conhecem seus direitos e quando muito como fazer um controle de uma motivação de uma decisão judicial, sendo importante a publicidade das decisões, daí a necessidade de se apresentar os motivos, as razões (ASSIS, 2018).

A motivação, além desse controle popular, pregado pelos doutrinadores, também funciona como um controle por parte dos demandantes, então demandante através da motivação da decisão judicial terá como também apresentar eventualmente aos tribunais, à Instância Superior, no caso do recurso, o motivo pelo qual aquela decisão não é acertada.

Logo, a decisão judicial acaba servindo, inclusive, de parâmetro para o futuro recurso a ser interposto. Então, para o advogado elaborar o seu recurso, a sua impugnação daquela decisão judicial, ele irá mostrar ao tribunal os erros eventualmente cometidos pelo magistrado em relação ao julgamento, o erro in judiciando, uma má valoração das provas, uma má interpretação dos dispositivos legais. Então, a motivação acaba tendo também esse papel importante não só no controle popular, mas também na questão da motivação dos recursos que vão ser apresentados (ALMEIDA; FARIA, 2016).

Importante destacar que o Código de Processo Civil de 2015 teve uma preocupação muito grande com relação às motivações. A lei como um todo sempre chama atenção para os trâmites legais de um processo e o código em seu artigo 489, § 1º, após elencar quais são os elementos e os requisitos essenciais da sentença, relatório, fundamentação, parte dispositiva, passa no § 1º que toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada. E então o Código passa a estabelecer vários incisos neste parágrafo para dizer como o magistrado, como o juiz ou como o tribunal deve fundamentar as suas decisões (ALVES, 2017).

Há uma preocupação no sentido de que o juiz não se limite a citar, por exemplo, o dispositivo legal, motivando a decisão e fundamentar o uso de tal artigo, para que escape de fazer uma fundamentação adequada. Não seria justo também o uso de termos abertos, termos vagos sem adequação para aquela situação. Então, esse dispositivo legal apresenta vários caminhos que devem ser observados para que a decisão seja considerada adequadamente fundamentada, não podendo o juiz invocar uma súmula, um precedente sem também dizer o porquê da aplicação daquela súmula (ALVES, 2017).

Da mesma forma quando precisa apresentar um motivo onde precisa se afastar de um determinado precedente, demonstrando quais as razões pelas quais está se afastando dessa súmula, estabelecendo, demonstrando que há uma distinção entre o caso concreto e entre o precedente judicial, devendo enfrentar também as questões colocadas pelas partes, pelo autor, pelo réu na sua defesa, enfrentando as questões.

Essa é uma grande preocupação no Código de Processo Civil de 2015, estabelecendo uma regra que tem causado muita polêmica e muita discussão, inclusive alguns magistrados dizem que não há necessidade de observar tanto esse rigor legal, mas é uma regra muito importante. Lembrando que uma sentença, uma

decisão judicial, um acórdão mal fundamentado ou sem fundamentação será considerado nulo, havendo uma nulidade, até mesmo uma própria situação de um vício mais grave dependendo da ausência, da falta, da fundamentação como uma inexistência do ato processual.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se enquadra na área do direito constitucional com viés no direito civil e no direito administrativo, versando sobre o princípio da segurança jurídica e o princípio da isonomia, envolvendo decisões judiciais na reintegração de militares, tomadas como objeto de estudo neste artigo científico tendo em vista a abordagem em torno de questões consideradas como principais problemas.

É sabido que não é fácil lutar contra a máquina estatal. Há algumas decisões judiciais recentes que garantem a reintegração de agente de segurança pública, excluídos a bem da disciplina, através de processos administrativos disciplinares quando muitos são cerceados do direito da ampla defesa e do contraditório.

Sobre as decisões de exclusões assinadas pelo Estado, verifica-se que a maioria se dá por simples arbítrio, ego de agente da administração pública, com uma função superior como comandante, delegado de polícia e diretor de segurança penitenciário, por exemplo, todos com um só objetivo, contrariando todas as regras do princípio do processo legal do contraditório e o princípio da legalidade.

Note-se que, os regulamentos disciplinares das instituições costumam conceituar a transgressão disciplinar como sendo qualquer violação dos princípios da ética dos deveres e das obrigações dos agentes na sua manifestação elementar e simples e qualquer omissão ou ação contrária aos preceitos estatuídos em lei, não sendo diferente no regime militar.

Regulamentos, normas ou disposições, desde que constituam crime, é algo totalmente subjetivo, liberando simples entendimento aos de patente maior ou inquérito administrativo, estabelecendo que as transgressões disciplinares não são apenas as dispostas em lei ou regulamentos, mas quaisquer ações ou omissões ou atos não tipificados que afetem a honra pessoal, o pundonor do servidor, o decore da classe, ou o sentimento do dever, ou seja, transgressão disciplinar não necessitaria estar disposta em norma legal.

Ora, essa definição sequer chegou a ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, já que não preenche os requisitos que vislumbram um princípio basilar para instrução de todo o processo judicial ou extrajudicial. O princípio da legalidade ou da reserva legal, materializado, mediante o inciso II do artigo 5º da Constituição de 1988, que assevera que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” princípio basilar do Estado democrático de direito.

Observa-se, portanto a disposição em norma legal para se obrigar a fazer ou deixar de fazer alguma coisa sendo, portanto, um absurdo que se puna alguém apenas porque o agente superior, subjetivamente, acredita que tal conduta fere a honra pessoal. Importante lembrar que o pudor, a honra, a moral, a demonstração de respeito têm acepções variáveis para cada pessoa e localidade, sendo inadmissível que uma mesma conduta seja punida por um tipo de comandante, delegado, diretor e não por outro agente público.

É inaceitável que uma mesma conduta seja repudiada em alguns estados e em outros não, já que todas as instituições de segurança pública têm como princípios basilares hierarquia e disciplina. Por outro lado, recorda-se que o ato administrativo está sob a égide da Constituição Federal de 1988, que contém mandamento imperativo no sentido de que a lei assegura aos acusados, aos investigados em processo judicial ou administrativo, a ampla defesa com os recursos e meios a elas inerentes.

Desse modo elevado o instituto da ampla defesa, a foro constitucional, erigido em direito fundamental do indivíduo, a norma de garantia constitucional não faz nenhuma restrição quanto aos seus destinatários, razão de seu entendimento na forma mais ampla possível, sem qualquer restrição, já que sempre o princípio prevalecendo no direito de que a lei não distingue, não é lícito a ninguém distinguir.

Com efeitos, devem ser considerados nulos todos os atos e revogados todos os dispositivos de lei que se choque com a citada garantia, dentre as quais o próprio ato administrativo que indefere requerimento pertinente a defesa do acusado no procedimento administrativo ou no inquérito administrativo disciplinar que não se preocupem da fiel acolhida e garantia constitucionalmente instituída para o exercício da irrestrita defesa.

A existência legal é um puro fato que por isso não se revalida com a cessação da causa de nulidade nem com o decurso do tempo, nem com o fato aprobativo, desse

modo é uma temeridade a exclusão de um servidor antes da sentença penal, caso haja sentença penal, sob pena de ter que reconduzi-lo ao cargo posteriormente. É evidente que se o requerente, o agente de segurança pública foi absolvido, fará jus ao seu retorno ao cargo. Na mesma linha caminha a jurisprudência conforme acórdão que foram excluídos à bem da disciplina.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; FARIA, Marcela Kohlbach de. **Recursos no processo Civil**. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u1882/recursos_no_processo_civil_2016-1.pdf. Acesso em: 29 abr. 2021.

ALQUATTI, Gabriela Soares. Separação dos poderes: a tripartição do poder do estado a organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas. **Âmbito Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/separacao-dos-poderes-a-triparticao-do-poder-do-estado-a-organizacao-dos-poderes-e-suas-funcoes-tipicas-e-atipicas/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fundamentação judicial no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, nº 253, v. 4, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.253.04.PDF. Acesso em: 30 abr. 2021.

ASSIS, Araken de. Cumprimento da sentença. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**, Tomo Processo Civil, edição 1, jun., 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/196/edicao-1/cumprimento-da-sentenca>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017.** Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **TJ-PR – CJ: 9403310 PR 940331-0** (Acórdão), Relator: Leonel Cunha, Data de julgamento: 23/10/2012, 5ª Câmara Cível. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23713441/conflito-de-jurisdicao-cj-9403310-pr-940331-0-acordao-tjpr>. Acesso em: 03 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF. **Agravo de Instrumento.** Relator: Desembargador Federal Fernando Braga, Data de Julgamento: 18/03/2014, Segunda Turma. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=O+MILITAR+TEMPOR%C3%8R+IO+N%C3%83O+TEM+DIREITO+%C3%80+REINTEGRA%C3%87%C3%83O>. Acesso em: 03 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF-1 – **REO: 00322428320064013800**, Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (Conv.), Data de julgamento: 25/02/2015, Segunda Turma, Data de publicação: 17/03/2015). Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178075748/remessa-ex-officio-reo-322428320064013800>>. Acesso em: 03 de maio de 2021.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. Artigos 7º e 8º do CPC: princípios fundamentais do processo civil. Migalhas, 19 mar. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/298393/artigos-7--e-8--do-cpc---princípios-fundamentais-do-processo-civil>. Acesso em: 30 abr. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. **Migalhas**, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-princípio-da-seguranca- juridica>. Acesso em: 30 abr. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes da. **A “oração aos moços” de Ruy Barbosa e o princípio da igualdade brasileira**. 2019. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2684.pd. Acesso em: 13 de março de 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed., São PAULO: Malheiros, 2019.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34 ed., São Paulo: Malheiros, 2019.

SÄMY, Paulo Guilherme Hostin. A positivação da "liberdade" nas Constituições brasileiras. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4567, 2 jan., 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45530>. Acesso em: 12 abr. 2021

CRIMES CONTRA ANIMAIS: ESTUDO SOB A ÓTICA DO DIREITO AMBIENTAL

CRIMES AGAINST ANIMALS: STUDY FROM THE VIEW OF AMBIENTAL LAW

KANANDA STEFANY E. DOS SANTOS*
MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES**

RESUMO

Esse estudo sob a ótica do direito ambiental trata dos crimes contra os animais, além de traçar em linhas gerais os avanços ocorridos na legislação pátria sobre a temática, objetivou demonstrar a importância do reconhecimento de que os animais não humanos são portadores de natureza jurídica *sui generis* e sujeitos de direitos despersonalizados e como tal não pode ser tratado como coisa. Elaborado com fundamento na pesquisa bibliográfica e documental, o estudo aborda o mandamento constitucional do §1º, VII, artigo 225; a lei nº 9.605/98 no tocante aos crimes contra a fauna; as experiências dos estados de Santa Catarina, Paraíba, Rio Grande do Sul e Minas Gerais na positivação dos direitos animais em seus respectivos ordenamentos; e a lei nº 14.064/2020 que alterou as penas cominadas para os crimes de maus tratos aos animais. A pesquisa documental contemplou o levantamento de decisões judiciais em que o direito dos animais foi resguardado. O estudo conclui que, na atualidade os crimes praticados contra animais estão sendo vistos com mais seriedade, considerando os avanços legislativos demonstrando que estes estão protegidos pelos direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição de 1988 e na legislação infraconstitucional que os defende e penaliza tais crimes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental. Crimes Contra Animais. Natureza Jurídica *Sui Generis*. Sujeitos de Direitos Despersonalizados. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This study from the perspective of environmental law deals with crimes against animals, in addition to outlining the advances that have occurred in the national legislation on the subject, it aimed to demonstrate the importance of recognizing that non-human animals are carriers of a *sui generis* legal nature and subjects of depersonified rights and as such cannot be treated as a thing. Prepared on the basis of bibliographic and documentary research, the study addresses the constitutional mandate of §1, VII, article 225; law nº 9.605/98 with regard to crimes against fauna; the experiences of the states of Santa Catarina, Paraíba, Rio Grande do Sul and Minas Gerais in the affirmation of animal rights in their respective systems; and Law nº.

* Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2021.1. E-mail: kananda.santos25@gmail.com.

** Mestre em Economia pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa, PB. Especialista em Direito Ambiental pelas Faculdades Integradas de Patos/Fundação Francisco Mascarenhas, Patos, PB. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa, PB. Licenciada em Pedagogia pelo Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa, PB. Professora do Curso de Graduação e de Pós-graduação em Direito da Fesp Faculdades, João Pessoa, PB. Professora convidada do Curso de Pós Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FESMIP- PB, João Pessoa, PB. Pesquisadora do Grupo Estudos de Saberes Ambientais: Homenagem a Enrique Leff - Sustentabilidade, Impactos, Racionalidades e Direitos/CNPq/UFPB. E-mail: socorromenezes@gmail.com.

14.064/2020, which amended the penalties imposed for crimes of mistreatment of animals. The documentary research included the survey of judicial decisions in which the right of animals was safeguarded. The study concludes that, nowadays, crimes against animals are being taken more seriously, considering the legislative advances demonstrating that they are protected by the fundamental rights expressly provided for in the 1988 Constitution and in the infra-constitutional legislation that defends and penalizes such crimes.

KEYWORDS: Environmental Law. Crimes Against Animals. Sui Generis Legal Nature. Subjects of Depersonified Rights. Fundamental Rights.

1 INTRODUÇÃO

Esse artigo científico utiliza base teórica e legislativa atinente ao direito ambiental para tratar dos crimes contra animais, temática considerada importante no meio acadêmico e também na esfera jurídica diante de casos de atos violentos de crueldade e maus tratos praticados contra animais que ganham repercussão na mídia e nas redes sociais, resultando em alteração importante trazida pela lei nº 14.064/2020 que alterou as penas cominadas para os crimes de maus tratos aos animais na lei 9.605/98, representando um avanço importante na preservação da vida animal.

O problema de pesquisa consiste em esclarecer a seguinte questão: quais os avanços ocorridos na legislação pátria sobre crime contra animais? A hipótese de investigação é de que houve avanços substanciais no direito ambiental brasileiro a partir da Constituição de 1988, que no seu art. 225, §1º, VII são vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco a função ecológica, provoquem a extinção de espécies e ou submetam os animais à crueldade; a lei nº 9.605/98 no tocante aos crimes contra a fauna; as legislações dos estados de Santa Catarina, Paraíba, Rio Grande do Sul e Minas Gerais que contribuíram para colocar o Brasil na vanguarda das legislações de proteção animal no mundo; e a lei nº 14.064/2020 que incluiu um § 1º. - A, no artigo 32 da Lei 9.605/98, criando com isso uma figura qualificada de maus-tratos a animais estabelecendo uma proteção diferenciada para cães e gatos.

Tendo em vista esse contexto, a pesquisa ora apresentada, objetivou demonstrar a importância do reconhecimento de que os animais não humanos são portadores de natureza jurídica *sui generis* e sujeitos de direitos despersonalizados e como tal não pode ser tratado como coisa, considerando os avanços obtidos desde a Constituição de 1988, até a aprovação da lei nº 14.064/2020. Trata-se de matéria importante para ser tratada sob o foco do direito ambiental, visto

o aumento de delitos representados por agressões, maus tratos e crueldade contra seres dotados de vida e senciência, mas que são sujeitos passivos de tais atos criminosos.

A pesquisa foi conduzida com fundamento na pesquisa bibliográfica e documental, ambas de natureza descritiva. A pesquisa bibliográfica consistiu na busca de delimitar os avanços obtidos no ordenamento jurídico pátrio na proteção e defesa dos direitos dos animais, focando a abordagem nos crimes contra animais. A pesquisa documental contemplou o levantamento de decisões judiciais em que o direito dos animais foi resguardado. O método de abordagem foi o dedutivo, buscando-se elementos, através da análise do texto legal, de obras doutrinárias, de jurisprudências para verificar como o objeto de estudo é tratado até então.

Esse estudo, a partir dessa introdução, foi organizado em três seções: A primeira versa sobre os avanços legislativos no Brasil em torno da matéria crime contra animais, a partir da Constituição de 1988, trazendo a experiência dos estados de Santa Catarina, Paraíba, Rio Grande do Sul e Minas Gerais que positivaram os direitos dos animais nos seus respectivos ordenamentos,

concluindo com apontamentos sobre a lei nº 14.064/2020 e os crimes de maus-tratos a animais qualificados.

A segunda focaliza decisões judiciais, período 2019-2020 em que se faz presente resguardo do direito dos animais e que houve materialidade de crime contra animais domésticos e silvestres, animais que viviam em cativeiro e, animais que sofreram maus-tratos, alguns seguidos de morte com o intento de reforçar o posicionamento defendido nesse estudo de que os animais passaram de objetos de posse a sujeitos de direitos.

Nas considerações finais o estudo evidencia que, na atualidade os crimes praticados contra animais estão sendo vistos com mais seriedade, considerando os avanços legislativos demonstrando que estes estão protegidos pelos direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição de 1988 e na legislação infraconstitucional que os defende e penaliza tais crimes.

2 AVANÇOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM TORNO DA MATÉRIA CRIMES CONTRA ANIMAIS

Sabe-se que, os animais tornaram-se, ao longo dos anos, vítimas silenciosas

da violência praticada contra estes pelos seres humanos, e que lhes causam dor e sofrimento desnecessário, através de situações envolvendo atos típicos, entre outros de maus-tratos, abate indiscriminado, exploração do trabalho, utilização dos produtos de origem animal e uso em experimentos de caráter científico em laboratórios entre outros, negando-lhes direito de ser tratado com dignidade, tornando-os vítimas de crimes, mostrando que estes seres são carentes de proteção jurídica.

Corroborando essa constatação Sparemberger e Lacerda (2015, p. 188) explanam o seguinte:

Os animais são usados e explorados pelo homem de diferentes formas como na questão do lazer: circos, zoológicos, rodeios, rinhas; na liberdade religiosa: sacrifício de animais; no vestuário: caça para a extração de forma cruel de couros, penas, marfim e peles; tudo isso soma-se à destruição de habitats e, como consequência, a extinção e a ameaça de extinção de algumas espécies gerando assim um conflito de direitos já que, de um lado temos o interesse humano protegido constitucionalmente e de outro o direito dos animais que é tutelado constitucionalmente, vedando a crueldade.

A doutrina e a jurisprudência nacionais reconhecem a importância de proteção aos direitos dos animais, exatamente com a finalidade de evitar as situações supramencionadas. Isso se torna visível, a partir dos avanços trazidos pela Constituição de 1988, bem como com a abordagem trazida por alguns Estados brasileiros que visando essa garantia constitucional contemplaram em suas legislações o direito dos animais a não serem tratados com crueldade: Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraíba, os quais exercendo a sua competência legislativa editaram Códigos de Proteção à Vida Animal, indicando avanços que serão brevemente aqui descritos.

2.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988, primeira a dedicar capítulo específico ao meio ambiente; impõe ao poder público e à coletividade, em seu artigo 225, o dever de defender e preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras, tratando da matéria proteção aos direitos dos animais na dicção do seu artigo 225, inciso VII que reza: “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies e submetam os animais a crueldade” (BRASIL, 1988).

Da leitura do citado dispositivo, verifica-se que a Constituição de 1988 não diferencia os animais, trata-os de modo genérico, ou seja, o tratamento é uniforme para todas as espécies de animais nominados como fauna, bem ambiental que integra o meio ambiente ecologicamente equilibrado, trata-se, portanto de um bem difuso, que pertence à coletividade e, como tal deve ser protegido para as presentes e futuras gerações (MACHADO, 2020; MILARÉ, 2020; SIRVINSKAS, 2020;).

Essa proteção tem como fundamentação material, a interação do homem com a natureza e a preservação da fauna, posto que de sua função ecológica dependa a continuidade do maior bem: a vida. (AMADO, 2020; MACHADO, 2020; SILVA, 2019). Oportuno assinalar à vida como o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, e como consequência, podemos afirmar que, o direito à vida somente poderá ser assegurado se o homem preservar o meio ambiente onde vive, nisso reside à importância atribuída à defesa dos animais e de todos os bens ambientais.

Outro aspecto importante a considerar diz respeito ao fato de que a Constituição Federal de 1988 expressamente adotou o princípio da prevenção, ao preceituar, no *caput* do artigo 225, o dever do poder público e da coletividade de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Ocorre que, a maioria dos casos de dano ambiental possui efeitos irreversíveis como acontece com os crimes envolvendo a vida animal chegando, muitas vezes, a causar extinção de determinadas espécies, razão pela qual há necessidade da atuação prévia ao ato causador de dano e degradação ambiental, mediante acionamento das tutelas inibitórias, as quais concretizam em juízo o princípio da prevenção, impostas pelo poder público.

2.2 POSITIVAÇÃO DO DIREITO DOS ANIMAIS EM LEGISLAÇÕES ESTADUAIS

No Brasil, a principal lei de proteção aos animais continua sendo a Constituição Federal de 1988, mas cada Estado brasileiro é livre para criar mecanismos de ajustes desta proteção, adequando-os a sua realidade social. É nesse contexto que se destacam a atuação dos estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraíba, conforme assinala Ataíde Junior (2020).

Esses quatro Estados reconheceram o princípio da dignidade animal e os transpuseram em seus respectivos ordenamentos, positivando assim em suas

legislações os direitos fundamentais animais. O pioneirismo coube ao estado de Santa Catarina que aprovou em 2003, através da lei nº 12.854, o seu Código Estadual de Proteção aos Animais, alterado pelas leis 17.485/2018 e 17.526/2018, o qual reconhece que cães e gatos são sujeitos de direito (ATAIDE JÚNIOR, 2020).

Cabe ressaltar a respeito da referida matéria, após a alteração introduzida pela lei nº 17. 526/2018, dicção do art. 34-A do diploma legislativo em comento que reza:

O art. 34-A da Lei nº 12.854, de 22 de dezembro de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 34-A. Para os fins desta Lei, cães e gatos ficam reconhecidos como seres sencientes, sujeitos de direito, que sentem dor e angústia, o que constitui o reconhecimento da sua especificidade e das suas características face a outros seres vivos. (NR)(SANTA CATARINA, 2018).

A respeito dessa alteração, Ataíde Junior (2020) esclarece que a redação original do artigo da lei em comento, introduzido pela lei nº 17.485/2018, incluía também os cavalos como sujeitos de direitos. No entanto, com a aprovação da lei 17.526/2018, os cavalos foram suprimidos do texto legal. Essa supressão, no entanto, é inconstitucional, pois viola o princípio constitucional da vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

Em 2018, foi aprovado o Código de Direito e Bem-Estar Animal do Estado da Paraíba, através da lei nº 11.140/2018, considerada como sendo a lei estadual mais avançada e abrangente do Brasil, em termos de especificação e catalogação de direitos animais ao delimitar no *caput* do seu art. 1º que as normas de proteção, defesa e preservação nele contidas se estendem aos “animais vertebrados e invertebrados situados no espaço territorial desse Estado”, assinala Ataíde Júnior (2019).

Sobre os direitos dos animais, a norma protetiva estabelece como disposição específica os animais não humanos como sujeitos de direitos. Tal afirmação é corroborada pela redação do seu art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º. Todo animal tem o direito:

I – de ter as suas existências física e psíquica respeitadas;

II – de receber tratamento digno e essencial à sadia qualidade de vida;

III – a um abrigo capaz de protegê-lo da chuva, do frio, do vento e do sol, com espaço suficiente para se deitar e se virar;

IV – de receber cuidados veterinários em caso de doença, ferimento ou danos psíquicos experimentados;

V – a um limite razoável de tempo e intensidade de trabalho, a uma alimentação adequada e a um repouso reparador (PARAÍBA, 2018).

O teor dos incisos do artigo 5º do diploma legal em comento permite afirmar a demarcação de avanços legislativos importante, inclusive resguardando direitos dos animais de trabalho enquanto demanda específica de seres sencientes, o que é importante do ponto de vista da dignidade animal cuja base legal é constitucional e científica ante o reconhecimento dos animais como seres sencientes.

O estado do Rio Grande do Sul, através da lei nº 15.434/20 que instituiu o Código Estadual do Meio Ambiente do Rio Grande do Sul, que estabeleceu o regime jurídico especial para animais domésticos de estimação e *qualificou* todos estes como sujeitos de direitos, não apenas os cães e gatos, como fez o Código do Estado de Santa Catarina, descreve Ataíde Júnior (2020).

Consubstancia avanço importante, introduzido através do art. 216 na legislação estadual do Rio Grande do Sul, a defesa de animais domésticos e de estimação. *In verbis*:

Art. 216. É instituído regime jurídico especial para os animais domésticos de estimação e reconhecida a sua natureza biológica e emocional como seres sencientes, capazes de sentir sensações e sentimentos de forma consciente. Parágrafo único. Os animais domésticos de estimação, que não sejam utilizados em atividades agropecuárias e de manifestações culturais reconhecidas em lei como patrimônio cultural do Estado, possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonalizados, devendo gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

O estado de Minas Gerais, ao aprovar a lei nº 23.231/16 tratou de disciplinar e estabelecer penalidade pecuniária para situações envolvendo maus-tratos aos animais, tendo essa legislação sofrido alteração através da lei nº 23.724/20 para incorporar a condição de todos os animais como seres sencientes, no seu art. 1º. *In verbis*:

Art. 1º. São considerados maus-tratos contra animais quaisquer ações ou omissões que atentem contra a saúde ou a integridade física ou mental de animal, notadamente: [...]
Parágrafo único – Para os fins desta lei, os animais são reconhecidos como seres sencientes, sujeitos de direito despersonalizados, fazendo jus a tutela jurisdicional em caso de violação de seus direitos, ressalvadas as exceções previstas na legislação específica (MINAS GERAIS, 2020).

Essa projeção do direito animal no ordenamento jurídico brasileiro, a partir dos Estados em comento, afigura-se como avanço importante sobressaindo-se a

requalificação jurídica de cães e gatos no estado de Santa Catarina, de todos os animais incluindo os invertebrados no estado da Paraíba, dos animais domésticos de estimação no estado do Rio Grande dos Sul e de todos os animais no estado de Minas Gerais, traduz o fato concreto e indiscutível de que os animais, universalmente falando, são passíveis de sofrimento e dor, razão pela qual merecem a consideração de não serem tratados como coisas inanimadas ou mecanismos meramente reativos, transformando-os assim, em sujeitos de direitos como impõe a Constituição de 1988.

2.2 CRIMES DE MAUS TRATOS A ANIMAIS QUALIFICADOS - LEI Nº 14.064/2020

Animais qualificados na lei nº 14.064/2020 são cães e gatos, animais domésticos e de companhia, alvo de crueldade e maus tratos, de abandono e que não possuem meios de defender os seus direitos, necessitando do ser humano e do poder público para a tutela de seus direitos. Interessante observar que a lei de crimes ambientais não tem sido capaz de evitar atos lesivos a integridade desses animais, sendo observado empiricamente que tais crimes ocorrem com frequência e que suas penas correspondentes são insignificantes em relação a sua gravidade e, por isso, existe uma grande sensação de impunidade, acarretando a constância de tais delitos.

Chamando atenção para a situação envolvendo esses animais Costa (2019, p. 6) enfatiza a questão legal atinente a essa problemática, dizendo o seguinte:

[...] aquele que causar sofrimento a um animal lhe fazendo sofrer por maus tratos infringe a Constituição Federal e incorre em delito previsto no artigo 32 da Lei nº 9.605/1998, que contempla também os animais domésticos, os quais são objeto de estudo nessa pesquisa, pois como se sabe, cães e gatos tem sido alvo denúncias de abuso, maus tratos, muitos são regatados pelas ONG's feridos e mutilados, conforme divulgado por elas na imprensa, na mídia e nas redes sociais.

Cabe-nos observar que cães e gatos, enquanto animais domésticos são seres irracionais, mas com sensações de dor, fome e sede, ou seja, são seres sencientes, seres vulneráveis, pois para a sua sobrevivência depende dos seus tutores e da atuação do poder público para viver de forma digna. Além disso, são animais carinhosos e fies, possuindo uma característica peculiar, qual seja, a gratidão. O seu habitat natural é ao lado do seu tutor, da família e das instituições que os acolhem sendo protegido de todas as formas.

A lei 9.605/98, diploma infraconstitucional que trata dos crimes ambientais, impõe aos autores penalidades pelos maus tratos e, por consequência, positivando sanções administrativas e penais para cada caso previsto no seu regramento e, particularmente, no seu artigo 32, oferecendo guarida aos animais domésticos, quem infringir este artigo, violando os seus direitos serão penalizados e responderão por crime ambiental, nos seguintes termos:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal (BRASIL, 1998).

Da leitura do dispositivo em comento, percebe-se que o preceito secundário, a pena, é pequena e, por consequência, é passível de suspensão condicional do processo, aspecto que justifica a aprovação da qualificadora cães e gatos trazidas pela lei nº 14.064/2020, a qual altera o artigo 32 da lei 9.605/98, aumentando as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais do §1º, acrescentando o §1º- A “Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no **caput** deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda” (BRASIL, 2020, grifo original).

A partir dessa mudança deve-se considerar as seguintes anotações: primeiro, antes dessa mudança, o crime de maus tratos aos animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, não contemplando cães e gatos, era considerado como de menor potencial ofensivo e, portanto, cabe transação penal e suspensão condicional do processo, bem como não gerava a prisão do infrator sendo aplicadas medidas despenalizadoras, e, se, em decorrência dessa conduta, ocorre a morte do animal, haverá aumento de um sexto a um terço.

Segundo, com a introdução do §1º - A, essa conduta, desde que envolva cães e gatos, não é considerado crime de menor potencial ofensivo, não cabendo transação penal nem suspensão condicional do processo; pode gerar a prisão do condenado, desde que não seja caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e, se, em decorrência da conduta, ocorre a morte do animal, também haverá aumento de um sexto a um terço.

Sobre essa qualificadora, importante destacar os procedimentos na fase preliminar de apuração dos fatos, a cargo da autoridade policial, conforme apontado por Ferreira (2020, *online*):

- 1) Ao receber o flagrante de maus-tratos de animais, a autoridade deverá analisar se se trata de conduta praticada contra cães ou gatos. Caso seja, não poderá apenas lavrar termo circunstanciado e encaminhar o infrator para audiência preliminar, nos termos do artigo 69 da Lei nº 9.099/1995;
- 2) A autoridade deverá formalizar o auto de prisão em flagrante, dado o montante de pena em abstrato, com realização de qualificação completa do preso, seu interrogatório, levantamento de antecedentes, identificação criminal, comunicação da prisão para as autoridades de praxe etc.;
- 3) Por fim, a autoridade não poderá arbitrar fiança para o crime, pois o CPP a autoriza a soltar o preso mediante fiança apenas na hipótese de a pena em abstrato máxima não ser superior a quatro anos (artigo 322). Em função de a pena de multa do crime não ser alternativa, mas cumulativa, não se aplica nem mesmo o entendimento de jurisprudência do STF que permite o arbitramento de fiança nesta hipótese (HC nº 83.926-6).

Ferreira (2020, *online*), esclarece ainda que, na fase processual, a cargo do Ministério Público e juiz, as principais mudanças que serão sentidas são:

- 1) O afastamento da possibilidade de tramitação do processo pelo rito do Juizado Especial Criminal, devendo o caso tramitar agora pelo rito comum ordinário (artigo 394, §1º, I, do CPP);
- 2) A elegibilidade, pelo critério da pena, para fixação de prisão preventiva em face do acusado (artigo 313, I, do CPP);
- 3) O afastamento da possibilidade de oferecimento dos benefícios despenalizadores da transação penal (artigo 76 da Lei nº 9.099/1995) e suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei nº 9.099/1995).

A alteração legislativa trazida pela lei nº 14.064/2020 transformou o crime de maus-tratos a cães e gatos no segundo crime mais grave da lei de crimes ambientais; o primeiro é o crime de elaboração ou apresentação, em processo de licenciamento, de estudo, laudo ou relatório falso ou enganoso, inclusive por omissão, previsto no artigo 69-A da lei 9.605/98, cuja pena é de três a seis anos de reclusão e multa (BRASIL, 1998).

3 DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DA MATERIALIDADE DE CRIMES CONTRA ANIMAIS – PERÍODO 2019/2020

A pesquisa documental acerca das decisões judiciais abrangendo a materialidade de crimes contra animais, abrangeu o período 2019-2020, com a finalidade de demonstrar como os tribunais estão se posicionando frente às demandas

envolvendo situações específicas em que alguns casos representam avanços na interpretação e aplicação da legislação sobre a matéria.

A jurisprudência brasileira tem se mantido favorável às causas que defendem os animais domésticos, punindo aqueles que de alguma maneira os maltrate ou abandone, conforme demonstra a decisão do TJ-MS em apelo defensivo sobre a matéria, julgado em 2020:

APELO DEFENSIVO – ARTIGO 32, CAPUT, DA LEI Nº 9.505/98 – PLEITO ABSOLUTÓRIO. AÇÃO QUE NÃO CARACTERIZA MAUS TRATOS. TESE INACOLHIDA. – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. As provas dos autos demonstraram que o apelante mudou-se deixando em abandono animal que necessitava de tratamento veterinário, além de não suprir necessidades básicas de alimentação e higiene. Referida conduta amolda-se à conduta típica prevista no art. 32, caput da Lei 9.605/98. Ademais, apesar de revogado desde 1991 o Decreto-Lei nº 24.645, de julho de 1934, ainda serve de parâmetro para definir a caracterização de maus tratos aos animais e, a conduta aqui verificada amolda-se ao que prevê os incisos II e V, art. 3º, do DL em referência. (TJ-MS – APR: 00032859820138120110 MS 0003285-98.2013.8.12.0110, Relator: Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Data de Julgamento: 08/07/2020, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 13/07/2020).

A fundamentação da decisão toma como regra o tipo penal do artigo 32 da lei 9.05/98, o delito material indica abandono e falta de cuidados básicos que demarcam a condição necessária para uma existência digna, infringindo previsão normativa da legislação em comento, requerendo proteção jurídica do Estado (SILVA, 2019; VASCONCELOS; MENEZES, ASSIS, 2019), decisão importante a considerar, tendo em vista os motivos e as provas da ocorrência da conduta dolosa do sentenciado.

O decreto-lei nº 24.645/34 prevê proteção jurídica aos animais vítimas de maus-tratos, estabelecendo no §3º do seu art. 2º que “os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais” (MENDES, 2018, p. 8; ORLANDI, 2019, *online*), aspecto importante a considerar no que tange a conduta do agente, pois coloca os animais na condição de sujeitos de direitos.

O art. 3º decreto-lei nº 24.645/34, dispõe de um rol de situações envolvendo maus-tratos, para o não acolhimento da tese esposada no apelo defensivo em comento: “II – Manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz”; e, “V – Abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem como deixar de ministrar-lhe tudo o que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária”

(BRASIL, 1934). Assim sendo, com a vigência do decreto-lei nº 24.645/34, “todos os animais existentes no país passaram a ser tutelados pelo Estado (artigo 1º) e ficaram tipificadas práticas consideradas pela lei como maus-tratos (art. 3º)”, destaca Mendes (2018, p. 30).

A evocação do art. 32 da lei nº 9.605/98 para sustentar procedimento visando à proteção aos animais e a penalização pela ocorrência de maus-tratos, ocorre em razão de o decreto-lei nº 24.645/34, encontrar-se revogado por ato normativo presidencial datado de 18 de janeiro de 1991. Ressalta-se, então a respeito da conduta típica do sujeito ativo que, nos crimes previstos na lei nº 9.605/98 a ação penal é pública e incondicionada, isso significa dizer que pode ser iniciada sem manifestação de vontade de qualquer pessoa, ou seja, independe de outra iniciativa que não seja a do próprio Ministério Público, qualquer pessoa pode procurar o Ministério Público, conforme previsto no art. 26 da lei em comento.

Em se tratando da ocorrência de crimes contra animais domésticos, o entendimento dos tribunais tem sido de manter a responsabilização penal, a exemplo da decisão do TJ-MG em julgado de apelação criminal em 2019, que entende ter havido violação de direitos atribuídos juridicamente aos animais domésticos:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - AMEAÇA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - AUTORIA COMPROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA - MAUS TRATOS DE ANIMAL DOMÉSTICO - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. 01. Comprovada, por provas idôneas, a ocorrência dos injustos de ameaça e maus tratos de animal doméstico, a condenação, à falta de causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade, é medida que se impõe. (TJ-MG - APR: 10003160006205001 MG, Relator: Fortuna Grion, Data de Julgamento: 15/10/2019, Data de Publicação: 25/10/2019).

Para caracterizar a materialidade do delito são admitidas as provas testemunhais e também periciais, que indicarão a existência de consequências físicas sobre a segurança, o bem-estar e a saúde do animal e, justamente por esse motivo, é que merecem tanto quanto os seres humanos que sua vida e sua integridade física sejam tuteladas pelo direito ambiental penal (SIRVINSKAS, 2020). Portanto, a decisão sobre a culpa do agente é evidenciada, cabendo à aplicação da penalidade prevista no artigo 32 da lei 9.605/98.

Garantia da proteção jurídico-penal na aplicação contra aqueles que praticarem crimes contra animais domésticos é dada mediante aplicação das penalidades previstas na lei 9.605/98, considerando a gravidade dos fatos que

ensejaram a condenação do sujeito ativo de tal prática. A defesa da vida, a preservação da integridade física e bem-estar do animal, como fator fundante e protegido pelo regramento do art. 32 do citado diploma legislativo que restou prejudicada, impõe condenação pelo crime praticado. Nesse sentido, a decisão do TJ-SC, em apelação criminal julgada em 2020 é esclarecedora:

APELAÇÃO CRIMINAL. PRÁTICA DE MAUS-TRATOS CONTRA ANIMAL DOMÉSTICO, QUE RESULTOU EM DOR EVIDENTE, TRAUMA POR ESPANCAMENTO EM TODA REGIÃO CRANIANA, COM DIVERSAS LACERAÇÕES PERFURATIVAS, EDEMA E HEMATOMAS GENERALIZADOS, ALÉM DE PRESENÇA DE MIÍASES EM TODAS AS LESÕES - FORTE ODOR - DIFICULDADE DO CACHORRO MANTER-SE EM PÉ (Lei 9.605/1998, caput do art. 32). COMPROVAÇÃO - BOLETIM DE OCORRÊNCIA E RELATÓRIO MÉDICO. SENTENÇA DE CONDENAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE 3 (TRÊS MESES) DE DETENÇÃO EM REGIME INICIALMENTE ABERTO, E PAGAMENTO DE 11 (ONZE) DIAS-MULTA. RECURSO DO CONDENADO - TESE DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA AFASTADA. BOLETIM DE OCORRÊNCIA E PROVA TESTEMUNHAL - CONFISSÃO DO ACUSADO. DOSIMETRIA INALTERADA. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-SC - APL: 00002190720148240025 Gaspar 0000219-07.2014.8.24.0025, Relator: Marco Aurélio Ghisi Machado. Data de Julgamento: 05/05/2020, Segunda Turma Recursal)

Embora praticada com requinte de crueldade e a dosimetria da pena esteja amparada no art. 32 da lei 9.605/98, não se vislumbra real repressão contra a prática do crime de maus-tratos, uma vez que a pena não condiz com o crime cometido face à barbárie descrito na apelação criminal e, como já tratado, possibilita diversas substituições que visam à reparação desse severo ilícito ambiental causado contra seres sencientes e, como dispõe o art. 32 da referida lei, é vedada a prática de crueldade com os animais, impondo assim, àqueles que praticam tais atos, pena de detenção de três meses a um ano e multa.

Conforme visto, toda conduta demarcatória de crueldade contra animais possui o condão de violar o direito constitucional deste a uma existência digna, do mesmo modo que a lei nº 9.605/98 ao regular os crimes contra animais, no art. 32, não só impõe ao poder público e a coletividade o dever de defender e preservar bens ambientais para as presentes e futuras gerações, como também contempla a proibição de atos que submetam animais a sofrimento, buscando protegê-los por terem capacidade de sentir.

Muitas são as ações violentas praticadas contra animais, na decisão de julgamento de apelação criminal do TJ-SC em segunda instância em 2020, o crime

resultou na morte de um animal, com agravante de manter outros dois em condições inadequadas corrobora tal constatação:

APELAÇÃO CRIMINAL. PRÁTICA DE MAUS-TRATOS CONTRA ANIMAL DOMÉSTICO, QUE RESULTOU EM MORTE (Lei 9.605/98, caput do art. 32). COMPROVAÇÃO. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. SENTENÇA DE CONDENAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE 4 (QUATRO) MESES E 22 (VINTE E DOIS) DIAS DE DETENÇÃO EM REGIME SEMI ABERTO, E 12 (DOZE) DIAS-MULTA. RECURSO DO CONDENADO. PROVA TESTEMUNHAL. “**APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA ANIMAL POR DUAS VEZES, UM COM RESULTADO MORTE** (LEI 9.605/98, ART. 32 CAPUT E §2º) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO- TESE DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – NÃO ACOLHIMENTO – FATO 1 - RÉU ENFORÇA CACHORRO, ESPANCA-O E JOGA-O NO FOGO – PROVA TESTEMUNHAL E REGISTRO FOTOGRÁFICO – CONFISSÃO – ATOS CRUÉIS INJUSTIFICÁVEIS – FATO 2 - RÉU QUE MANTÉM DOIS CÃES EM LOCAL INADEQUADO E PRESOS A CORRENTES – PROVA TESTEMUNHAL E DOCUMENTAL – CONDENAÇÃO MANTIDA. Pratica o **crime** previsto no art. 32, §2º aquele que enforca, espanca e joga **animal doméstico** no fogo, causando sua morte [...]. DOSIMETRIA INALTERADA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (**Apelação** Criminal nº 2015.077009-3, de Santa Rosa do Sul. Relator: Des. Getúlio Correa, julgado em 19/1/2016. DOSIMETRIA INALTERADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. TJ-SC, 2ª Turma Recursal. Relator: Marco Aurélio Ghisi Machado, APL 00009508520158250051 – Ponte Serrada, julgado em 05/05/20).

Conforme sobredito, o artigo 32 da lei 9.605/98 impõe àqueles que praticam maus tratos contra qualquer tipo de animal, a pena de detenção de três meses a um ano e multa. No caso de ocorrer morte, a sanção será aumentada de um terço a um sexto. Se o julgamento fosse levado a efeito contemplando a norma expressa na lei nº 14.064/2020, § 1º. – A, contendo a qualificadora e proteção diferenciada para cães e gatos, a penalidade é de “reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda”, no caso em tela, a pena de reclusão deve ser aplicada ao fato 1 e a guarda refere-se ao fato 2, por envolver crime de maus-tratos a três cães, sendo consumada a morte de um deles, saliente-se que a redação do § 1º. – A, em estudo é taxativa diante dos maus-tratos infligidos aos cães.

Importante destacar que, com o agravamento da pena expresso na lei nº 14.064/2020, § 1º. – A, o crime de maus-tratos contra cães e gatos passará a constar na ficha criminal do infrator. Nesse caso, se vier a praticar outro crime, já será considerado reincidente e perderá benefícios previstos em lei para quem é primário. Acrescente-se ainda que, para constatação dos maus-tratos, do ferimento, da mutilação, ou seja, a materialidade do crime será comprovada mediante laudo pericial para fundamentar os procedimentos e a decisão judicial.

A primeira condenação com base na lei na lei nº 14.064/2020 que ocorreu no Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC), se deu em abril de 2021 em processo julgado na 2ª Vara Criminal depois que o crime de maus-tratos a animais domésticos teve a pena aumentada: “um homem de 34 anos foi condenado a quatro anos de prisão em regime fechado por agredir, matar e jogar uma cadela em um rio na cidade de Lages, na Serra catarinense” (G1. SANTA CATARINA, 2021, *online*).

O caso ocorreu em novembro de 2021, o suspeito teve prisão em flagrante, mediante análise de imagens de uma câmera de monitoramento registraram a agressão na madrugada de 26 de novembro de 2020:

O homem atravessou a rua, chutou, deu socos e pisões em uma cadela de pelos brancos com pintas marrons, conforme denúncia feita pelo Ministério Público, demonstrada a autoria do crime e a crueldade com que ocorreu a execução do animal, inclusive com ocultação do corpo do animal (G1. SANTA CATARINA, 2021, *online*).

Segundo o juiz Alexandre Takaschima, que definiu a sentença, “o réu respondeu ao processo preso no presídio masculino de Lages. Agora, ele poderá recorrer da sentença, mas não em liberdade” (G1. SANTA CATARINA, 2021, *online*). Trata-se de registro importante, haja vista a constatação de que embora restrita a ampliação da pena a cães e gatos, a lei nº 14.064/2020, trouxe mais dignidade aos animais. Nas palavras de Diniz (2018, p. 102):

Atos de crueldade e maus-tratos contra animais pelo sofrimento que causam, pela violência e pela afronta à dignidade animal geram o dever de proteção jurídica e a necessidade de conscientizar as autoridades e a população de que é preciso respeitar a integridade físico-psíquica dos animais.

A morte e maus-tratos dos cães representam um atentado contra a vida e, conforme assinalam Vasconcelos, Menezes e Assis (2019, p. 113) sobre a proteção e defesa dos direitos dos animais, embasadas no art. 225, §1º, VII e no art. 32 da lei 9.605/98 arrematam “[...], o poder público e a sociedade são incumbidos constitucionalmente de tutelá-los. [...], os animais carecem de garantias de justiça e de preservação de sua integridade física e emocional”, aspectos bem evidenciados na apreciação das decisões judiciais em comento.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos argumentos apresentados sobre o tema de maus tratos a animais, abordagem sob a ótica do direito ambiental, pode-se destacar que no ordenamento jurídico brasileiro, antes da Constituição de 1988, o decreto-lei nº 24.645/34 pugnava assistência jurídica aos animais, legitimando a proteção dos animais bem como estabelecendo penalização para os agressores, considerou os maus tratos aos animais como contravenção penal e estabeleceu medidas de proteção a esses animais, representando um avanço importante em matéria de preservação da vida e defesa da dignidade animal e, ao definir o que seria maus tratos aos animais, tornou-se um marco importante a favor da causa de proteção animal.

Sob a ótica do direito ambiental, a Constituição de 1988 é considerada o diploma legal que, de fato, incorporou a defesa dos direitos dos animais, instaurando a supremacia jurídica na proteção ao meio ambiente e aos animais, através do seu art. 225, VII, legitimando um dos valores mais edificantes do ordenamento jurídico pátrio, a defesa da vida, atribuindo ao poder público e a coletividade o dever de protegê-lo e preservá-lo, perpassando o entendimento de que os animais como parte integrante do meio ambiente, isto é respeitando a sua função ecológica e, portanto podem usufruir da defesa dos seus direitos básicos em juízo.

No plano infraconstitucional, a lei nº 9.605/98 trouxe nova disciplina a legislação penal ambiental, de forma genérica, incluindo um capítulo dedicado aos crimes contra a fauna silvestre abrangendo também os animais domésticos e domesticados, analisando a importância do art. 32 da lei em comento, percebe-se sua adequação ao art. 225 da Constituição de 1988, §1º, VII ao vedar condutas que submetam os animais a crueldade, defendendo o meio ambiente como extensão do direito à vida, respeitando-os como seres vivos sencientes.

Considerando o avanço em legislações estaduais, percebe-se que está ocorrendo evolução no plano infraconstitucional do direito dos animais, consolidando aos poucos pertinência e legalidade em torno de demanda envolvendo a positivação da natureza jurídica dos animais como sujeitos de direitos despersonalizados, de modo a impedir que estes sofram maus tratos e sejam vítimas da crueldade dos seres humanos em que o objeto da tutela é o interesse do animal, a sua proteção como sujeitos de direitos, seja em leis ordinárias, seja em lei complementar como ocorreu nos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Minas Gerais e Paraíba.

A lei nº 14.064/2020, lei penal ambiental elevou as penas cominadas aos crimes de maus tratos a animais quando se tratar de cão ou gato, inseriu esse tipo de delito entre os crimes de alto potencial ofensivo, eliminou a ideia de infração penal de menor potencial ofensivo e correlatas medidas despenalizantes; em caso de flagrante delito, será lavrado o respectivo auto de prisão em flagrante, sendo instaurando inquérito policial. Quando não houver flagrante delito, será lavrado Boletim de Ocorrência e não o Termo Circunstanciado, como ocorria antes da alteração trazida pela lei em comento.

A sentença do réu condenado em Lages, estado de Santa Catarina é um marco importante na aplicação da lei nº 14.064/2020 e na defesa e proteção da dignidade animal, trata-se de decisão judicial importante envolvendo o direito penal ambiental especialmente para os crimes de maus tratos praticados contra animais sendo estes cães e gatos, mostrando assim grande evolução em torno da legislação ambiental no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito ambiental**. 8. ed., Salvador: JusPodivm, 2020.

ANTUNES, Paulo Bessa. **Dano ambiental**. 21. ed., São Paulo: Atlas, 2020.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Quatro estados já reconheceram os animais como sujeitos de direitos. **Paraná Portal**, 23 dez, 2020. Disponível em: <https://paranaportal.uol.com.br/opiniaoin-loco-novas-tendencias-do-direito/quatro-estados-ja-reconheceram-os-animais-como-sujeitos-de-direitos/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula (coord.). **Comentários ao Código de Direito e Bem-Estar Animal do Estado da Paraíba**: a positivação dos direitos fundamentais animais. Curitiba: Juruá, 2019.

BATISTA, Agnes Kaori Yoshimoto. **Maus-tratos contra animais**: uma análise dos direitos e da proteção aos animais. (2018). Monografia (Curso de Bacharelado em Direito). Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11674/1/21304660.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 24.645 de 10 de julho de 1934**. Estabelece medidas de proteção aos animais. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto24645-10-julho-1934-516837-norma-pe.html>. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020**. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm. Acesso em: 21 abr. 2021.

COSTA, Clara Lindemberg Santos. **Vulnerabilidade do animal não humano**: leitura das implicações do abandono à luz do direito e da educação ambiental. (2019). Trabalho de Conclusão de Curso – TCC (Bacharelado em Direito). João Pessoa: Faculdades de Ensino Superior da Paraíba – FESP, 2019.

DINIZ, Maria Helena. Ato de crueldade ou de maus tratos contra animais: um crime ambiental. *In: Revista Brasileira de Direito Animal. RBDA*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, v. 14, nº 1, jan-abr., 2018, p. 96-119. Disponível em: www.periodicos.ufba.br. Acesso em: 09 abr. 2021.

FERREIRA, André. Primeiros apontamentos sobre a Lei nº 14.064/2020. **Revista Consultor Jurídico**, 6 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-06/andre-ferreira-primeiros-apontamentos-lei-14064>. Acesso em: 25 abr. 2021.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

G1 SANTA CATARINA. Homem é condenado a quatro anos de prisão por matar e jogar em rio cadela da vizinha em SC. **G1.SC**, 21 abr. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2021/04/20/homem-e-condenado-a-quatro-anos-de-prisao-por-matar-e-jogar-em-rio-cadela-da-vizinha-em-sc.ghtml>. Acesso em: 30 abr. 2021.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2020.

MENDES, Tiago Brizola. **Decreto 24.645/1934**: breve história da “Lei Àurea” dos animais (2018). Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/227289047.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 12. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

MINAS GERAIS. **Lei nº 23724 de 18 de dezembro de 2020**. Acrescenta parágrafo ao art. 1º da Lei nº 22.231, de 20 de julho de 2016, que dispõe sobre a definição de maus-tratos contra animais no Estado e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=406385>. Acesso em: 22 abr. 2021.

ORLANDI, Vanice Teixeira. A legislação protetiva brasileira, há décadas, considera o animal como sujeito de direitos, e não como coisa. **União Internacional Protetora dos Animais (UIPA)**, 9 ago., 2019. Disponível em: <http://www.uipa.org.br/a-legislacao-protetiva-brasileira-ha-decadas-considera-o-animal-como-sujeito-de-direitos-e-nao-como-coisa/>. Acesso em: 2 maio 2021.

PRADO, Luís Régis. **Direito penal do ambiente: crimes ambientais** (Lei 9.605/1998). 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 15434, de 9 de janeiro de 2020**. Institui o Código Estadual do Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=388665>. Acesso em: 22 abr. 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RUBENICH, Welton; MARINHO, Claudia Margarida Ribas. O animal é o sujeito passivo no crime de maus-tratos contra os animais. *In*: SOUZA, Maria Cláudia da

SANTA CATARINA. **Lei nº lei nº 17.526, de 28 de maio de 2018**. Altera o art. 34-A da Lei nº 2.854, de 2003, que "Institui o Código Estadual de Proteção aos Animais", para o fim de excluir a terminologia cavalos. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/sc/lei-ordinaria-n-17526-2018-santa-catarina-altera-o-art-34-a-da-lei-n-12854-de-2003-que-institui-o-codigo-estadual-de-protecao-aos-animais-para-o-fim-de-excluir-a-terminologia-cavalos>. Acesso em: 25 abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SOUZA, Maria Cláudia Antunes Silva de. (org.). **Sociedade de consumo e a multidimensionalidade da sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 185-212. Disponível em: <http://www.direito.ufpr.br/portal/animaiscomdireitos/wp-content/uploads/2019/11/o-animal-e-o-sujeito-passivo-do-crime-de-maus-tratos.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; LACERDA, Juliana. Os animais no direito brasileiro: desafios e perspectivas. **Revista Amicus Curiae – Direito**. Universidade do Extremo Sul Catarinense, vol. 12, nº. 2, jul./dez. 2015, p. 184- 202. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/2334/2288>. Acesso em: 28 abr. 2021.

TEIXEIRA, Karen. Maus-tratos de animais: uma proteção simbólica na lei de crimes ambientais. *In: Justiça & Sociedade (Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista – IPA)*, v. 2, nº 1, 2017, p. 351-393. Disponível em: www.metodista.br. Acesso em: 09 abr. 2021.

TJ-MG. **APR: 10003160006205001** - MG, Relator: Fortuna Grion, Data de julgamento: 15/10/2019, Data de publicação: 25/10/2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773576686/apelacao-criminal-apr-10003160006205001-mg>. Acesso em: 22 abr. 2021.

TJ-MS. **APR: 00032859820138120110** - MS 0003285-98.2013.8.12.0110, Relator: Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Data de Julgamento: 08/07/2020, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 13/07/2020. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1207791088/apelacao-criminal-apr-1563220118120021-ms-0000156-3220118120021/inteiro-teor-1207791364>. Acesso em: 25 abr. 2021.

TJ-SC. 2ª Turma Recursal. Relator: Marco Aurélio Ghisi Machado, **APL 00009508520158250051** – Ponte Serrada, julgado em 05/05/20. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/842330038/apelacao-apl-9712720168240051-ponte-serrada-0000971-2720168240051/inteiro-teor-842330089?ref=feed>. Acesso em: 28 abr. 2021.

TJ-SC. **APL: 00002190720148240025** - Gaspar 0000219-07.2014.8.24.0025, Relator: Marco Aurélio Ghisi Machado, Data de julgamento: 05/05/2020, Segunda Turma Recursal. Disponível em: <https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/842339128/apelacao-apl-2190720148240025-gaspar-0000219-0720148240025>. Acesso em: 22 abr. 2021.

TRENNEPOHL, Terence. **Manual de direito ambiental**. 8. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VASCONCELOS, Flávia Pequeno de; MENEZES, Maria do Socorro da Silva; ASSIS, Luciana Vilar de. Bem-estar, dor e sofrimento dos animais não humanos: estudo sob a ótica do direito ambiental. **Revista dos Tribunais**, ano 108, vol. 1001, março 2019, p. 93-120.

PARTICIPAÇÃO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA LICITAÇÃO PÚBLICA

PARTICIPATION OF MICRO AND SMALL COMPANIES IN PUBLIC BIDDING

LUCIANO BEZERRA FERREIRA *
LUCIANA VILAR DE ASSIS **

RESUMO

O presente trabalho apresenta como tema a micro e pequena empresa no processo licitatório. A Lei complementar 123/06 assegurou um tratamento mais igualitário, facilitando o acesso ao mercado empresarial e contribuindo para uma disputa mais justa no âmbito dos negócios. No tocante ao processo licitatório as micro e pequenas empresas ganharam algumas vantagens, a exemplo da garantia de preferência da contratação como critério de desempate. Todavia as empresas que se enquadram neste perfil, devem preencher os requisitos estabelecidos pelo certame da licitação. Diante de um cenário empresarial cada vez mais acirrado, busca-se compreender quais são as vantagens das micro e pequenas empresas frente aos grandes empreendedores no processo licitatório? Apresenta-se como objetivo é analisar os benefícios concedidos às pequenas e microempresas participantes de licitações públicas e destacar os princípios administrativos que regem a licitação. Justifica-se o desenvolvimento do trabalho por ser um tema relevante e bastante discutido no meio empresarial, jurídico e acadêmico. A pesquisa foi realizada por meio de levantamentos bibliográficos e documental de natureza descritiva e método dedutivo de análise, a partir de conteúdos extraídos da doutrina, artigos científicos e legislação que tratam sobre o tema, a pesquisa ocorreu no período de janeiro a março de 2021. Conclui-se que, apesar dos desafios enfrentados pelas micro e pequenas empresas para se manter no mercado de maneira competitiva, houve grandes avanços, sobretudo na questão da redução de tributos e vantagens na disputa na contratação com órgãos públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Responsabilidade Fiscal. Licitação. Princípios administrativos. Micro e Pequena Empresa.

ABSTRACT

The present work presents as a theme the micro and small company in the bidding process. The Complementary Law 123/06 ensured a more equal treatment, facilitating access to the business market and contributing to a fairer dispute in the scope of business. With regard to the bidding process, micro and small companies have gained some advantages, such as the guarantee of preference for hiring as a tiebreaker

* Graduando do Curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2021.1. E- mail: lucianoferreira.licitações.adv.com.

** Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB, João Pessoa, PB. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB, João Pessoa, PB. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, Campina Grande, PB. Licenciada em Letras pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB, Cajazeiras, PB. Analista Judiciário no Tribunal de Justiça da Paraíba. Professora do Curso de Direito na Instituição de Ensino Superior Fesp Faculdades. Professora da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado da Paraíba (FMP-PB). Membro do núcleo de Estudos em Direito Ambiental e Urbanístico, CNPq/Capes/UFPB. E-mail: lucyvilar@hotmail.com.

criterion. However, companies that fit this profile must fulfill the requirements established by the bidding process. In the face of an increasingly fierce business scenario, does one seek to understand what are the advantages of micro and small companies compared to large entrepreneurs in the bidding process? The objective is to analyze the benefits granted to small and micro-companies participating in public tenders and to highlight the administrative principles that govern the bidding process. The development of the work is justified because it is a relevant and widely discussed topic in the business, legal and academic environment. The research was carried out by means of bibliographical and documentary surveys of a descriptive nature and deductive method of analysis, from contents extracted from the doctrine, scientific articles and legislation that deal with the theme, the research took place from January to March 2021. It is concluded that, despite the challenges faced by micro and small companies to remain in the market in a competitive way, there have been great advances, especially in the matter of reducing taxes and advantages in the dispute in contracting with public agencies.

KEYWORDS: Fiscal Responsibility Law. Bidding. Administrative principles. Micro and Small Business

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema a participação das micro e pequenas empresas no processo licitatório com órgãos públicos, evidenciando os princípios administrativos que devem ser observados nesse procedimento. Apresenta-se como objetivo analisar os benefícios concedidos às pequenas e microempresas participantes de licitações públicas, destacar os princípios administrativos que regem a licitação, apontar as vantagens concedidas as micro e pequenas empresas na contratação com a administração pública.

A participação no processo de licitação é condição indispensável para as empresas que pretendem firmar contrato com os órgãos da administração pública, exceto em situações específicas previstas na legislação. Nesse sentido, a participação das micro e pequenas empresas é regulada pelos princípios administrativos que regem o trâmite do certame.

Dentre esses princípios destaca-se o princípio da isonomia que visa manter a igualdade entre os licitantes sem que haja prejuízo ou vantagem para qualquer participante. Além disso, os micros e pequenos empreendedores têm a preferência na contratação em caso de empate de propostas. O Estatuto Nacional da Microempresa, que encontra amparo legal através da

Lei Complementar 123/2006, trouxe avanços significativos e abriu o mercado para maior participação das micro e pequenas empresas por meio da simplificação

das relações trabalhistas, acesso ao crédito com juros reduzidos, inovação em tecnologia, redução da carga tributária entre outros benefícios. Considerando esse contexto, compreende-se que as mudanças trazidas pela legislação contribuíram de maneira efetiva para a permanência dessas empresas no cenário dos negócios de maneira competitiva.

Destaca-se ainda, como instrumento primordial para a realização do processo de licitação, a observância das diretrizes da Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual exige a divulgação de todo processo como forma de manter a transparência fiscal, se constituindo como instrumento significativo para a sociedade e indispensável para o controle dos gastos com erário público, tornado a administração pública mais transparente e eficiente.

Contudo, sabe-se que as micro e pequenas empresas ainda sofrem com a disputa injusta com as grandes empresas que recebem altos incentivos fiscais, entre outros fatores que interferem na justa concorrência no mercado. Além disso, o acesso ao crédito com taxa de juros diferenciados, ainda é considerado pequeno frente as dificuldades enfrentadas por esse segmento.

Considerando esse contexto, se apresenta o seguinte questionamento: diante de um cenário empresarial cada vez mais acirrado, busca-se compreender quais são as vantagens das micro e pequenas empresas frente aos grandes empreendedores no processo licitatório? Atualmente esse segmento de negócios tem sofrido grande impacto, sobretudo em relação à carga tributária que, apesar dos incentivos na redução, ainda é considerada alta para a dimensão desse tipo de empreendimento.

A presente pesquisa se realizará através levantamentos bibliográficos e documental de natureza descritiva, assim como se utilizará do método dedutivo de análise, a partir de dados extraídos da doutrina, legislação e artigos científicos que apresentaram relação com o tema, a coleta e seleção do material foi realizada entre os meses de janeiro a março de 2021.

A elaboração do trabalho será dividida por seções que buscam, inicialmente, tratar sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal, que representam um conjunto de normas e condutas destinadas aos administradores públicos que fazem parte dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, seguido do esclarecimento acerca do processo licitatório, os princípios aplicáveis a este certame e as fases que o compõe.

A sessão seguinte visa esclarecer o conceito de micro e pequena empresa, bem como sua classificação conforme o quantitativo de colaboradores e receita bruta

alcançada anualmente. Além de apresentar os benefícios aplicáveis aos negócios que se enquadram nesse perfil, que encontram previsão na Constituição Federal, a Lei Complementar nº 123/2006 inseriu normas de tratamento diferenciado e benefícios específicos para esses empreendedores.

2 LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Para Abraham (2017) a Lei Complementar nº 101/2000, chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), é um conjunto de normas e condutas destinadas aos administradores públicos que fazem parte dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que correspondem às três esferas do poder de modo interligado. Assim, a legislação visa disciplinar a gestão dos poderes públicos em relação às despesas com aquisição de bens e serviços.

Nessa perspectiva, a LRF veio para redefinir os rumos da história da gestão pública no Brasil, fazendo com que os governantes passem a cumprir regras e limitações na administração das finanças públicas, realizando a prestação de contas para esclarecer as despesas que são pagas através dos recursos dos cofres públicos. Portanto, a LRF simboliza um marco para a administração pública brasileira, visto que, tem como objetivo o uso eficiente, eficaz e transparente das verbas provenientes do tesouro público em favor da sociedade, permitindo a aplicação de sanções aos que descumprirem as determinações por ela impostas.

A LRF instituiu regras e diretrizes para as finanças públicas impondo responsabilidade à gestão fiscal, através de um conjunto de medidas de probidade administrativa. O objetivo da legislação é a manutenção do equilíbrio das contas públicas, prevenção do desvio do erário público, desequilíbrio fiscal, ou gastos acima do teto ou da receita. As mudanças trazidas pela LRF garantiram maior controle dos gastos das verbas públicas, bem contribuiu para dificultar a corrupção nos processos de licitação. Conforme destaca Chimenti (2018, p. 78):

A LRF trouxe uma série de determinações, condições e cautelas em relação às licitações e contratos, isto é, valorizar a eficiência na administração pública e o equilíbrio fiscal nas contas públicas. O estabelecimento desses parâmetros legais e fiscais trouxeram progressos significativos para a economia e a sociedade, impondo maior responsabilidade aos atores inseridos na gestão pública.

Segundo explica Oliveira (2021), a LRF deve ser compreendida como um contrato firmado pelo governo, com a intenção de instituir o equilíbrio fiscal. Contudo, para conseguir a eficácia das regras fixadas por esta legislação, é essencial o incentivo em âmbito institucional de todas as esferas do poder executivo. Portanto, o que se espera dos gestores é maior empenho para obedecer ao teto estabelecido para gastos e a observância às regras determinadas pela Lei.

Com a instituição da LRF teve início um processo de combate ao desajuste fiscal da administração pública, o qual estava inserido em todos os níveis de governo, esse processo começou com o controle rigoroso do endividamento público, através do corte de gastos excessivos, observância ao percentual estabelecido para as despesas públicas, entre outras metas estabelecidas (CONTI, 2019, p. 79).

Assim, a LRF se estabelece como um sistema que integra as três esferas de poder da gestão pública atribuindo, de maneira individualizada, as responsabilidades a cada autoridade, sejam elas titulares, ou substitutas no exercício da função administrativa dos vários entes governamentais da administração pública. Nesse sistema estão inseridos dispositivos que visam disciplinar e implantar parâmetros de transparência fiscal, buscando a responsabilidade da destinação das verbas públicas.

A Lei de Responsabilidade Fiscal exige que a transparência Fiscal seja amplamente divulgada, se constituindo como instrumento significativo para a sociedade, sendo imprescindível a divulgação mensal através do site do governo a lista com os nomes daqueles que não acataram os limites impostos pelo Senado em caso de dívidas nos cofres públicos (OLIVEIRA, 2017, p. 116).

Em se tratando de contrato através de licitação, a LRF visa estabelecer não apenas limites para os gastos, mas também a responsabilização do uso do dinheiro público com determinado serviço ou obra, bem como os benefícios que serão proporcionados à sociedade, isto acontece porque o gestor público possui a responsabilidade de garantir que o interesse público seja observado, devendo se sobrepor em relação aos interesses particulares. Nesse sentido, Reis (2019, p. 89), explica que:

Em se tratando de contrato através de licitação, a LRF visa estabelecer não apenas limites para os gastos, mas também a responsabilização do uso do dinheiro público com determinado serviço ou obra, bem como os benefícios que serão proporcionados à sociedade, isto acontece porque o gestor público possui a

responsabilidade de garantir que o interesse público seja observado, devendo se sobrepor em relação aos interesses particulares. Nesse sentido, Reis (2019, p. 89), explica que:

[...] o particular das coisas e dos interesses que lhes dizem respeito. Ele imprime à administração de seus interesses a sua própria vontade, agindo de acordo com ela. Assim, se o particular resolve beneficiar alguém por razões pessoais, não quem o peça de fazê-lo, desde que dispõe livremente obedeça as normas jurídicas, o particular pode agir de maneira livre. De modo contrário, ocorre na administração pública, tendo em vista que a gestão está atrelada a finalidade de atender ao interesse público, sendo vedada qualquer ação que contrarie as normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual determina teto para as despesas, metas orçamentárias, o equilíbrio fiscal das contas públicas, entre outros pontos.

Desse modo, a administração pública deve sobrepor o interesse público acima dos interesses particulares, assim, a Lei de responsabilidade fiscal visa orientar e determinar através dos seus princípios, a transparência e o controle dos gastos públicos indicando os parâmetros a serem seguidos para que as prestações de contas dos gestores sejam aprovadas. Assim, a LRF se tornou um dos instrumentos mais eficientes da administração pública em relação às suas despesas e receitas.

2.1 DISCIPLINA CONSTITUCIONAL

No direito ambiental, doutrinadores como Machado (2020), Silva (2019), Milaré (2020) e Fiorillo (2021) quando focalizam o direito ambiental constitucional reportam-se ao inciso VI, do artigo 24 da Constituição de 1988 que reza:

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...];

VI – florestas, **caça, pesca, fauna**, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Não é necessário ser especialista em direito ambiental para entender que o grifo colocado no texto coloca em evidência os verbetes caça, pesca e fauna, mostrando que os animais e os atos praticados contra estes validam a observação de que são tratados como recursos naturais, apresentam valor econômico e somente serão vistos como fauna a partir do momento em que ingressarem nas listas de risco de extinção, assinalam (SIRVINSKAS, 2020; TRENNEPOHL, 2020).

Fiorillo (2021), Rodrigues (2020), Silva (2019) e Prado (2016) esclarecem que a Constituição brasileira de 1988, no seu artigo 225, §1º, inciso VII disciplina a proibição da crueldade contra os animais silvestres, domésticos e domesticados. A partir da leitura do dispositivo expresso na norma em comento se pode projetar a proteção dos animais não humanos no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Tal posicionamento parte da consideração de que o texto constitucional, ao regulamentar a proteção ambiental a partir do olhar da proteção da fauna, assim determina:

Art. 225

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

[...];

VII - **proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O texto constitucional é bastante claro ao vedar qualquer prática que coloque em risco as espécies ou submeta os animais à crueldade. Isso nos permite afirmar que a Constituição de 1988 reconhece expressamente a condição de senciência dos animais não humanos, haja vista somente aquele que é dotado da capacidade de sentir pode ser submetido a qualquer tipo de crueldade. A esse respeito, Oliveira (2020) deixa claro ao tratar da senciência dos animais não humanos que, ao proibir a crueldade, o constituinte originário, reconhece a esses animais o direito de ter respeitado o seu valor intrínseco, sua integridade, sua liberdade, assunto tratado adiante na terceira seção desse estudo.

[...] o particular das coisas e dos interesses que lhes dizem respeito. Ele imprime à administração de seus interesses a sua própria vontade, agindo de acordo com ela. Assim, se o particular resolve beneficiar alguém por razões pessoais, não quem o peça de fazê-lo, desde que dispõe livremente obedeça às normas jurídicas, o particular pode agir de maneira livre. De modo contrário, ocorre na administração pública, tendo em vista que a gestão está atrelada a finalidade de atender ao interesse público, sendo vedada qualquer ação que contrarie as normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual determina teto para as despesas, metas orçamentárias, o equilíbrio fiscal das contas públicas, entre outros pontos.

Desse modo, a administração pública deve sobrepor o interesse público acima dos interesses particulares, assim, a Lei de responsabilidade fiscal visa orientar e determinar através dos seus princípios, a transparência e o controle dos gastos

públicos indicando os parâmetros a serem seguidos para que as prestações de contas dos gestores sejam aprovadas. Assim, a LRF se tornou um dos instrumentos mais eficientes da administração pública em relação às suas despesas e receitas.

2.1 LICITAÇÃO

Segundo Meirelles (2020), a licitação é um procedimento administrativo formal vinculado à administração pública direta ou indireta, onde está convidada empresas interessadas (licitantes) a apresentarem propostas com o objetivo de oferecer bens e serviços. Através do art. 37 da Constituição Federal de 1988, e regulamentação por meio da Lei nº 8.666 de 1993, estabeleceu o processo licitatório como obrigatório no caso de aquisição de bens e prestação de serviços para a administração pública em todos os níveis do poder, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Conforme Franca (2017), os fundamentos do processo licitatório são orientados de acordo com parâmetros pertinentes aos critérios estabelecidos no certame, a exemplo do princípio da publicidade, o qual visa realizar a divulgação do edital e suas demandas específicas àqueles que tenham interesse, bem como garantir aos participantes a fiscalização para permitir a probidade administrativa. A própria Lei nº 8.666/93, expressa no art. 3º, caput, o conceito licitação, conforme os conceitos doutrinários já vistos:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL, 1993).

Entende-se, portanto, que dentre todos os princípios inseridos na licitação, um dos mais importantes é o da isonomia, que visa assegurar a lisura do processo oferecendo condições iguais para todos aqueles que participam do certame. Desse modo, a administração pública deve conduzir a licitação com igualdade entre os licitantes, através do preenchimento dos requisitos estabelecidos, de modo impessoal, excluindo qualquer privilégio.

2.2 PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS APLICÁVEIS

Conforme determina o art. 3º da Lei nº 8.666/93, o processo de licitação busca assegurar o cumprimento do princípio constitucional da isonomia, o qual visa permitir condições de igualdade durante a análise e seleção da proposta que seja mais proveitosa para a Administração. Além de disso, o processo licitatório deverá ser escolhido conforme os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, bem como da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Di Pietro (2020) ressalta que, a própria licitação está inserida como princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é derivada do princípio da indisponibilidade do interesse público a qual se funda numa restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante, de tal modo que a administração terá que optar pela proposta mais vantajosa e que estejam em conformidade com o interesse público.

Para Mazza (2021), o princípio da igualdade se apresenta como meio para garantir a igualdade de direito entre os todos que desejam participar do processo de licitação. Tal princípio encontra-se expresso no art. 37 da CF/88, vedando qualquer situação que favoreça qualquer um dos licitantes em desfavor aos demais participantes, agindo de modo impessoal, excluindo qualquer tipo de privilégio.

Nohara (2020) ressalta que, o princípio da legalidade é considerado de grande importância para a licitação, visto que é um processo vinculado à lei em todas as fases do processo, e previsto na Lei nº 8.666/93, cujo art. 4º estabelece que todos os participantes da licitação têm o direito público subjetivo ao fiel cumprimento do que está previsto em Lei. Dessa forma, o licitante que venha a se sentir prejudicado pelo o descumprimento da norma pode solicitar a impugnação judicial do processo licitatório.

Quadro 1: Princípios Administrativos das Licitações Públicas

PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS CONDUTORES DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS		
Arcabouço Legal	Artigo	Princípios
CF/88	Artigo 37	Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.
Lei 8.666/93	Artigo 3 ^a	Legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.
Lei 9.784/99	Artigo 2 ^a	Legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
Decreto 3.555/00	Artigo 3 ^a	Disputa justa entre os interessados (isonomia) e compra mais econômica, segura e eficiente.
Decreto 3.931/01	Artigo 4 ^a (§ 2 ^a) e Artigo 12 (§ 4 ^a)	Obtenção de proposta mais vantajosa*.
Decreto 5.450/05	Artigo 5 ^a	Legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.
LC 123/06	Artigo 47	Ampliar a eficiência das políticas públicas e incentivar a inovação tecnológica*.
Decreto 6.204/07	Artigo 1 ^a	Promover o desenvolvimento econômico e social, ampliar a eficiência das políticas públicas e incentivar a inovação tecnológica*.

Fonte: GASPARINI (2017).

O princípio da impessoalidade visa a igualdade entre os participantes do processo licitatório, sem que haja discriminação, prejuízo ou benefício qualquer entre os licitantes. Portanto, o objetivo da impessoalidade é garantir o tratamento isonômico da gestão pública em todas as fases do processo, a fim de atender os interesses coletivos. Portanto, o princípio da impessoalidade impõe aos gestores públicos a obrigação de respeitar o direito de igualdade entre todos que estão inseridos na licitação.

Em relação ao princípio da impessoalidade, a lei determina que todos os licitantes devem ser tratados de modo igualitário em direitos e deveres, podendo a administração decidir baseada em critérios objetivos, exceto em condições prevista na lei ou instrumento de convocação (CHIMENTI, 2018, p. 89).

Conforme o art. 37 da Constituição Federal, determina que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios devem obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Em relação ao princípio da moralidade, entende-se que a administração pública deve ter uma conduta lícita e observância a moral e ética, os quais são princípios que devem servir de base para os que priorizam a boa administração. Assim, o texto constitucional insere a

moralidade e probidade como princípio indispensável nas decisões das práticas administrativas.

Conforme destacam Arruda e Araújo (2020), a Lei nº 8.666/93 em seu art. 3º insere o princípio da publicidade como um dos requisitos do processo licitatório. Este princípio exige a divulgação do processo para todos que tenham interesse, assim como todos os atos da administração nas diversas fases do processo, permitindo aos participantes observar sua legalidade. Além desses aspectos, é importante destacar que a publicidade é de interesse da administração para que se possa ter o maior número de licitantes possíveis, com vistas a realizar a seleção com as melhores propostas e preços. Em relação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, Di Pietro (2020, p. 132), destaca que:

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório encontra-se no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, o qual torna claro que a administração não pode descumprir qualquer regra do edital, a qual está estritamente vinculada, isto é, a inobservância implica de qualquer natureza que esteja prevista, torna-o nulo. Este princípio é direcionado tanto a administração quanto aos licitantes, visto que, nenhuma das partes pode deixar de observar os requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite), preenchendo todos os requisitos especificados, caso haja falta de alguma documentação, serão classificados como inabilitados (art. 43, inciso II); se não atenderem as exigências referentes à proposta, serão desclassificados (art. 48, inciso I).

O princípio do julgamento objetivo é proveniente do princípio da legalidade, e expressa que o julgamento das propostas deve estar em consonância com os critérios pré-estabelecidos no edital. Esse princípio se refere à análise das propostas, conforme os critérios estabelecidos no edital ou carta-convite, com o objetivo de evitar que o julgamento se faça segundo critérios alheios aos licitantes, isto é, que depende da subjetividade pessoal do julgador. O princípio do julgamento objetivo encontra-se expresso no art. 45 da Lei nº 8.666/93, onde explica que:

o julgamento das propostas será objetivo, cabendo à comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (BRASIL, 1993).

Outro fato que a mesma lei trata em seu art. 44 é que, no julgamento das propostas, a Comissão deverá levar “em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios

estabelecidos por esta Lei”. Portanto, o entendimento acerca do princípio do julgamento objetivo é que o gestor público através da comissão de licitação deve atender aos critérios definidos especificadamente no ato convocação para realizar o julgamento das propostas. Excluindo qualquer chance de se usar critérios subjetivos ou que não estejam previstos.

2.3 MODALIDADES E FASES DA LICITAÇÃO

Segundo o texto da Lei nº 8.666/93, a licitação possui cinco modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão. A concorrência é considerada obrigatória para contratação de obras e serviços de engenharia (com valor superior a um milhão de reais), compras e serviços de engenharia (para valor superior a seiscentos e cinquenta mil reais), para compras e alienação de bens imóveis e outros (BRASIL, 1993).

Conforme o artigo 22 da Lei supramencionada, a tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. Desse modo, poderão participar de licitações na modalidade tomada de preços, os licitantes cadastrados ou não cadastrados, desde que atendam às condições necessárias de cadastramento até três dias corridos antes da data marcada para o recebimento de todas as propostas.

Convite é a modalidade em que a administração pública seleciona entre os interessados em participar do certame, convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, que divulgará cópia do instrumento convocatório aos interessados com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas (BRASIL, 1993).

O §4º do art. 22 da referida lei, estabelece que o concurso é a modalidade de licitação utilizada com objetivo de contratar trabalho técnico especializado, científico ou artístico, mediante prêmio a instituição ou remuneração ao vencedor, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 dias. Nesse caso, a publicação do edital para convocação dos participantes deve ser realizada na imprensa oficial, com antecedência de no mínimo de 45 dias.

Já o leilão é a modalidade de licitação utilizada para a venda de bens móveis da administração ou de quaisquer produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para alienação de bens imóveis. De outro modo, o pregão destina-se a aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, onde a disputa pelo fornecimento é realizada através de propostas e lances em sessão pública (DI PIETRO, 2020).

De acordo com Antonik (2016), as fases que compõem o processo licitatório são divididas em duas partes: a fase interna (processo licitatório) e fase externa (procedimento licitatório). A fase interna do procedimento licitatório é realizada internamente pela gestão pública, é o estágio onde é determinado o objeto a ser licitado e suas características, os parâmetros da obra ou do serviço que se deseja contratar ou do bem que se deseja adquirir, bem como dos recursos destinados às despesas. Trata-se da fase preparatória a qual visa efetivar os procedimentos necessários para iniciar a licitação, conforme se encontra estabelecido pelo art. 38 da Lei 8.666/93:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente.

A fase externa da licitação está relacionada aos seguintes procedimentos: abertura do edital, habilitação, classificação e julgamento das propostas (GASPARINI, 2017, p. 195). A abertura da licitação é realizada através do edital, que é o instrumento pelo qual a administração pública divulga a abertura da concorrência, fixa os requisitos para participação e define o objeto, as condições e convida os interessados no certame.

Segundo Franca (2017), durante a fase da habilitação ocorre a abertura dos envelopes com as documentações solicitadas e a propostas dos licitantes, para a realização da apreciação. Já durante a fase de classificação as propostas são julgadas conforme os critérios estabelecidos no edital, que são entre outros a proposta de menor preço, de melhor técnica, a técnica e menor preço e a de maior lance ou oferta (para os casos de alienação de bens ou concessão de direito real).

O art. 41 da lei 8666/93 estabelece administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. No § 1º do art. 41 da referida lei destaca-se que qualquer cidadão é parte legítima

para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, para que a Administração possa julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113 (BRASIL, 19993).

Após abertura dos envelopes com os documentos apresentados pelas licitantes, a Comissão de Licitação procede ao exame minucioso dos mesmos, conferindo as informações contidas e confrontando às disposições do Edital, sendo habilitadas as licitantes cuja documentação esteja em conformidade com as cláusulas do edital e inabilitadas as que deixarem de atenderem ao solicitado no Edital.

Em seguida, procede-se à abertura dos envelopes contendo as propostas, somente das empresas habilitadas a prosseguir no certame e novamente a Comissão irá verificar a conformidade do conteúdo apresentado para classificação, publicação e posterior adjudicação. Esclarece-se que nas fases de Julgamento de Habilitação e de Propostas, após decisão, a Comissão deverá dar publicidade dos resultados, quando então, iniciar-se-á prazo legal do recurso. Os recursos, se interpostos, são igualmente publicados e concedido prazo para impugnação, e suspendem o andamento do processo até sua decisão final.

Ainda de acordo com o art. 43 da Lei nº 8666/93, a licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: abertura dos envelopes e verificação da habilitação e inabilitação dos concorrentes; verificação de cada proposta e observância dos critérios estabelecidos no edital; promover a desclassificação das propostas que não estejam em concordância com estabelecido no edital, julgar e classificar as propostas conforme os critérios de avaliação que constam no edital; deliberação da homologação e adjudicação.

No §6º do art. 43 destaca-se que após a fase de habilitação, não poderá haver desistência da proposta, exceto por justa motivação em decorrência de fato superveniente e aceito pela comissão. Após o cumprimento de todas as fases, o processo é encaminhado para homologação, quanto então, os atos praticados pela Comissão de Licitação são declarados válidos e autênticos pela autoridade superior, cuja publicidade também é providenciada pela Comissão. Para Meirelles (2020) a “adjudicação é o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação, para subsequente efetivação do contrato administrativo, quando este se dispuser a fazer o ajuste”.

O ato homologatório encerra todo o procedimento do processo de licitação. Gasparini (2017) ressalta que através da homologação, a autoridade promove o controle de todo o procedimento no que respeita ao mérito e legalidade. Homologada a licitação, passa-se à elaboração do contrato com o licitante vencedor e emissão da ordem de serviço ou autorização de fornecimento. O respectivo extrato de contrato é obrigatoriamente publicado na imprensa oficial, sob pena de nulidade, e o processo é encaminhado ao setor de contratos para seu acompanhamento, fiscalização e arquivo.

Após abertura dos envelopes com os documentos apresentados pelas licitantes, a Comissão de Licitação procede ao exame minucioso dos mesmos, conferindo as informações contidas e confrontando às disposições do Edital, sendo habilitadas as licitantes cuja documentação esteja em conformidade com as cláusulas do edital e inabilitadas as que deixarem de atenderem ao solicitado no Edital.

Em seguida, procede-se à abertura dos envelopes contendo as propostas, somente das empresas habilitadas a prosseguir no certame e novamente a Comissão irá verificar a conformidade do conteúdo apresentado para classificação, publicação e posterior adjudicação. Esclarece-se que nas fases de Julgamento de Habilitação e de Propostas, após decisão, a Comissão deverá dar publicidade dos resultados, quando então, iniciar-se-á prazo legal do recurso. Os recursos, se interpostos, são igualmente publicados e concedido prazo para impugnação, e suspendem o andamento do processo até sua decisão final.

Ainda de acordo com o art. 43 da Lei nº 8666/93, a licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: abertura dos envelopes e verificação da habilitação e inabilitação dos concorrentes; verificação de cada proposta e observância dos critérios estabelecidos no edital; promover a desclassificação das propostas que não estejam em concordância com estabelecido no edital, julgar e classificar as propostas conforme os critérios de avaliação que constam no edital; deliberação da homologação e adjudicação.

No §6º do art. 43 destaca-se que após a fase de habilitação, não poderá haver desistência da proposta, exceto por justa motivação em decorrência de fato superveniente e aceito pela comissão. Após o cumprimento de todas as fases, o processo é encaminhado para homologação, quanto então, os atos praticados pela Comissão de Licitação são declarados válidos e autênticos pela autoridade superior, cuja publicidade também é providenciada pela Comissão. Para Meirelles (2020) a

“adjudicação é o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação, para subsequente efetivação do contrato administrativo, quando este se dispuser a fazer o ajuste”.

O ato homologatório encerra todo o procedimento do processo de licitação. Gasparini (2017) ressalta que através da homologação, a autoridade promove o controle de todo o procedimento licitatório no que respeita ao mérito e legalidade. Homologada a licitação, passa-se à elaboração do contrato com o licitante vencedor e emissão da ordem de serviço ou autorização de fornecimento. O respectivo extrato de contrato é obrigatoriamente publicado na imprensa oficial, sob pena de nulidade, e o processo é encaminhado ao setor de contratos para seu acompanhamento, fiscalização e arquivo.

3 MICRO E PEQUENA EMPRESA: CONCEITO

Segundo Andrade (2019), o termo empresa diz respeito a um estabelecimento que tem como finalidade obter ganhos e está inserida no ramo comercial através da oferta de serviços ou bens. Assim, as empresas são comércios que realizam a produção, venda de mercadorias e prestação de serviços que são destinados aos clientes.

Padoveze (2017), explica que, a conceituação de Microempresa (ME), está relacionada ao porte da empresa, que neste caso se refere a um estabelecimento comercial de pequena dimensão, sendo sua nomenclatura associada ao número de funcionário e lucratividade. Para ser categorizada como ME, o estabelecimento deve ter o faturamento mensal em torno de R\$ 30 mil, com limite de R\$ 360 mil por ano.

Do mesmo modo, Andrade (2019) destaca que, para fins de tributos o referencial para classificar as empresas na legislação brasileira é seu ganho anual. A classificação das empresas encontra amparo legal através da Lei complementar nº 123/2006, reconhecida como Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, a qual estabelece que se caracterizam como microempresas aquelas que auferirem receita bruta igual ou inferior até R\$ 360 mil anualmente.

Quadro 1: Classificação de empresas quanto ao número de funcionários.

Indústria	Comércio e serviços
Micro: com até 19 empregados	Micro: até 9 empregados
Pequena: de 20 a 99 empregados	Pequena: de 10 a 49 empregados
Média: 100 a 499 empregados	Média: de 50 a 99 empregados
Grande: mais de 500 empregados	Grande: mais de 100 empregados

Fonte: (PADOVEZE, 2017, p. 128).

Antonik (2016), esclarece que a Empresa de Pequeno Porte (EPP) encontra-se caracterizada por ser um empreendimento que auferir uma receita bruta anual que pode variar de R\$ R\$ 360 mil a R\$ 4,8 milhões. Outra característica da EPP é quanto ao número de colaboradores, na indústria este número pode chegar até 99 funcionários, já o setor de comércio e serviços podem contratar de 10 a 49 pessoas por empreendimento.

3.1 MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NAS LICITAÇÕES

A Lei Complementar 123/2006, define em seu art. 3º, incisos I e II, que microempresa ou empresa de pequeno porte é a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) (BRASIL, 2014b), devidamente registradas no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Assim, as microempresas e as empresas de pequeno porte são sociedades empresárias, sendo que o Art. 966 do Código Civil assim define empresário: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Além desse critério, o art. 3º da LC 123/2006 estabelece um critério objetivo para essas sociedades empresariais, que no caso de microempresa, que está afora, em cada ano calendário receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), e no caso da empresa de pequeno porte, afora, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

A sigla ME se refere a uma microempresa, que é simplesmente o pequeno negócio ou a pessoa jurídica (CNPJ) que possui um rendimento bruto anual de até R\$360 mil, e tem até 19 funcionários. O legislador quis caracterizar as microempresas e empresas de pequeno porte através de um critério objetivo, relativo ao seu faturamento e, num segundo momento utilizou-se de um critério subjetivo, ou seja, referente à característica da empresa, conforme é possível observar abaixo:

Quis o legislador utilizar-se de duplo critério para caracterizar o sujeito favorecido pelo tratamento diferenciado e favorecido. O primeiro critério é de ordem objetiva, diz respeito, aos níveis de faturamento do agente e seu enquadramento como microempresário, o segundo critério é de ordem subjetiva, referente às características pessoais do favorecido, devendo o mesmo enquadrar-se nos conceitos de empresário, sociedade empresária ou sociedade simples (ANDRADE, 2019, p. 132).

Além do enquadramento como empresário, a pessoa jurídica não pode ultrapassar a receita bruta anual, assim definida no § 1º do citado art. 3º da LC 123/2006, considerando receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

3.1 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto o tratamento diferenciado e favorecido as Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP). Esse princípio encontra-se previsto na Constituição Federal de 1988, senão vejamos:

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os seguintes princípios: IX – tratamento diferenciado e favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

O art. 170 da Constituição Federal de 1988 prevê o tratamento diferenciado e favorecido as empresas de pequeno porte, com a finalidade de fortalecer o princípio da ordem econômica, a qual se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, visando garantir os brasileiros uma vida digna. No art. 146, III da mesmolegislação determina não apenas o tratamento diferenciado e favorecido às

microempresas e empresas de pequeno porte, mas também institui um regime jurídico de arrecadação de impostos:

Art. 146 – Cabe à lei complementar:

III – Estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ único - A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (BRASIL, 1988).

Também o art. 179 traz o tratamento diferenciado e favorecido as ME e EPP, ressaltando o tratamento jurídico diferenciado, com incentivo a simplificação, eliminação ou redução das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. A regulamentação das atividades econômicas nacionais se fundamenta nos critérios da manutenção da ordem econômica, que se baseia no tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte em conjunto com a valorização do trabalho humano e à livre iniciativa, proporcionado a justiça social.

Art. 179 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Andrade (2019), afirma que, o tratamento constitucional diferenciado aos microempreendedores e empreendedores de empresas de pequeno porte, ocorre devido sua representação para o cenário econômico brasileiro, isto que aproximadamente 98% das empresas brasileiras encontram-se enquadradas como micro ou pequenas empresas.

O legislador constitucional reconhece as dificuldades enfrentadas por MEs e EPPs, não querendo privilegiar, mas concedendo um tratamento mais propício para que pudessem concorrer no mercado. Seguindo a orientação constitucional, em 14 de dezembro de 2006, foi editada a Lei Complementar nº 123, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP), e que estabelece normas gerais de tratamento diferenciado a ser dispensado às ME's e EPP's no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei Complementar 123/2006, dispôs sobre as normas de tratamento diferenciado e favorecido em relação a três aspectos distintos: (I) aspectos tributários; (II) aspectos trabalhistas e previdenciários; e (III) aspectos relativos a acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições públicas (ABRAHAM, 2017, p.175).

A Lei Geral da Micro e Pequena Empresa que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP), também conhecida como Lei do Simples, expressou um grande progresso para o desenvolvimento do setor das micro e pequena empresas no Brasil. A finalidade dessa legislação é estimular o desenvolvimento e a competitividade da micro e pequena empresa e do microempreendedor individual, como ferramenta para geração de emprego, distribuição de renda, inclusão social, redução da informalidade e fortalecimento da economia.

Destacam-se as vantagens competitivas proporcionadas pelas alterações inseridas na LC nº 147/14, que se encontra no Capítulo V da LC nº 123/06, o qual consolida a obrigatoriedade de concessão do tratamento diferenciado às pequenas empresas nas licitações em todas as esferas de governo, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, bem como aumentar a eficiência das políticas públicas.

3.2 BENEFÍCIOS LEGAIS

O texto constitucional de 1988 determina o tratamento diferenciados as pequenas empresas, através da simplificação administrativa, tributária, previdenciária, ou por meio da redução destes encargos. A Lei Complementar nº 123/2006, o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte regulamentou tal previsão constitucional. Em consideração às disposições iniciais preliminares, o art. 1º da LC 123/2006, prevê e determina as normas gerais para o tratamento diferenciado destinado a beneficiar microempresas e empresas de pequeno porte:

Art. 1º - Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

I - À apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

II - Ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;

III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

IV - Ao cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, in fine, da Constituição Federal. (BRASIL, 2006).

Portanto, a lei complementar nº 123/2006 trouxe ao contexto jurídico uma diversidade de incentivos às microempresas e empresas de pequeno porte, por meio do tratamento bastante diferenciado, principalmente em relação à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inserção do regime único de arrecadação e suas obrigações acessórias, cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, acesso ao crédito, preferência nas aquisições de bens e serviços pelos órgãos da administração pública, entre outros benefícios que contribuíram para seu posicionamento no mercado frente à concorrência das grandes empresas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo direcionado à participação das micro e pequenas empresas no processo licitatório, entende-se que é relevante compreender quais são os princípios e procedimentos licitatórios, que estão inseridos em todas as fases da licitação, e outras exigências formais que devem ser observadas na contratação com o poder público, tais esclarecimentos são fundamentais para saber qual é a função da administração pública em relação a sua competência no gerenciamento das verbas públicas, bem como, para observar quais são os requisitos exigidos e as vantagens para as empresas que se enquadram nesse perfil.

Sabe-se que, que o processo de licitação é exigido para que a administração pública possa alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, fazer concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público. Através de tal procedimento administrativo, a administração Pública convoca os interessados para que apresente as propostas, para que possa realizar a seleção da proposta mais vantajosa e que atenda aos requisitos previamente divulgados no edital.

Apesar de configurar regra para celebrar contratação com órgãos da administração pública, a lei prevê alguns casos que dispensam ou simplesmente inexistem a instauração de procedimento licitatório. Todavia, não só a licitação, mas

também a contratação direta através de processos de dispensa ou de inexigibilidade, deve sempre buscar atender o interesse público, dentro do menor espaço de tempo e no melhor preço possível, tendo como finalidade a preservação do patrimônio público. Assim, a Lei de Responsabilidade fiscal tem papel fundamental para inserir mudanças significativas no planejamento, execução e responsabilidade com o destino dos recursos públicos, os quais devem ser empregados para atender o interesse público. Portanto, a LRF atrelada aos princípios norteadores da licitação torna-se um instrumento de controle, fiscalização e responsabilização da gestão pública.

Em relação à vantagem da participação das micro e pequenas empresas na licitação, foi possível o texto da constituição ampara a inserção das empresas que se enquadram nesse perfil, através dos art. 170 e 179, os quais tratam sobre a desigualdade que existe entre as empresas de pequeno e de grande porte. No processo de licitação as pequenas empresas têm preferência na contratação em caso de empate das propostas.

A Lei complementar nº 123/06 trouxe mudanças bastante significativas para reduzir as desigualdades das microempresas e empresas de pequeno porte frente as grandes empresas, com ênfase aos princípios constitucionais da isonomia e igualdade. Todavia, sabe-se que ainda há muito que avançar no tocante a redução da carga tributária, aumentar o acesso ao crédito e outros benefícios que possam torna mais competitivas as empresas que se enquadra neste perfil.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Lei de responsabilidade fiscal comentada**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.

ANDRADE, Arnaldo Rosa de. **Planejamento estratégico para pequenas empresas**. 1. ed. São Paulo: Alta Books, 2019.

ANTONIK, Luis Roberto . **Empreendedorismo**: gestão financeira para micro e pequenas empresas. 1 ed. São Paulo: Alta Books, 2016.

ARRUDA, Daniel Gomes. ARAUJO, Inaldo da Paixão Santos. **Contabilidade Pública**: da Teoria à Prática. 3 ed. São Paulo: Saraiva Uni, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jan.2021.

BRASIL. [Lei nº 8.666 (1993)]. **Normas para licitações e contratos da administração pública**. Brasília-DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666compilado.htm. Acesso em: 23 jan.2021.

CHIMENTI, Ricardo Cunhas. **Direito tributário, direito financeiro, direito orçamentário e lei de responsabilidade fiscal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CONTI, José Mauricio. **Orçamentos Públicos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33 ed. São Paulo: Forense, 2020.

FRANCA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. 1 ed. São Paulo: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Weder de. **Curso de responsabilidade fiscal: Direito, orçamento e finanças públicas**. São Paulo: Editora Fórum. 1. ed. 2017.

PADOVEZE, Clóvis Luís. **Planejamento econômico e orçamento: Contabilidade integrando estratégia, planejamento orçamentário**. 1 ed. São Paulo: Saraiva Uni, 2017.

REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal**. 36. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2019.

TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS: JULGADOS EM QUE OS ANIMAIS SÃO PROTAGONISTAS DAS DECISÕES

LEGAL GUARANTEE OF ANIMALS: JUDGES IN WHICH ANIMALS ARE PROTAGONISTS OF DECISIONS

NINA IZAURA DE AZEVEDO MACIEL*
MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES**

RESUMO

O presente estudo situado na área do direito ambiental dedica-se a apreciação de julgados em que os animais são protagonistas das decisões. Trata-se de matéria de relevante interesse jurídico por demonstrar os avanços da legislação brasileira no tratamento dado aos animais, corroborada através de demandas judiciais envolvendo animais de estimação cujas decisões preservam a condição dos animais como sujeitos de direitos despersonalizados. O objetivo da pesquisa é de descrever casos concretos em que o bem-estar e a segurança do animal constituem o cerne da decisão. Para atingir o objetivo proposto foi aplicada a técnica da pesquisa bibliográfica e documental de natureza descritiva e o método dedutivo de análise, o *locus* da pesquisa foi Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os dados coletados abrangem julgados selecionados do período 2017-2019.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental. Tutela Jurídica dos Animais. Animais de Estimação. Bem-estar e Segurança do Animal.

ABSTRACT

The present study located in the area of environmental law is dedicated to the assessment of judgments in which animals are the protagonists of decisions. This is a matter of relevant legal interest as it demonstrates the advances in Brazilian legislation in the treatment of animals, corroborated through judicial demands involving pets whose decisions preserve the condition of animals as subjects of depersonalized rights. The objective of the research is to describe specific cases in which the animal's well-being and safety are at the heart of the decision. To achieve the proposed objective, the technique of descriptive bibliographic and documentary research and the deductive method of analysis were applied, the locus of the research was the Superior Court of Justice (STJ) and the data collected covered judgments selected from the 2017-2019 period.

* Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2021.1. E-mail: izaaurajpa@gmail.com.

** Mestre em Economia pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa, PB. Especialista em Direito Ambiental pelas Faculdades Integradas de Patos/Fundação Francisco Mascarenhas, Patos, PB. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa, PB. Licenciada em Pedagogia pelo Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa, PB. Professora do Curso de Graduação e de Pós-graduação em Direito da Fesp Faculdades, João Pessoa, PB. Professora Convidada do Curso de Pós Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FESMIP- PB, João Pessoa, PB. Pesquisadora do Grupo Estudos de Saberes Ambientais: Homenagem a Enrique Leff - Sustentabilidade, Impactos, Racionalidades e Direitos/CNPq/UFPB. E-mail: socorromenezes@gmail.com.

KEYWORDS: Environmental Law. Legal Guardianship of Animals. Pets. Animal Welfare and Safety.

1 INTRODUÇÃO

Buscando dar visibilidade à causa animal esse estudo se debruça a apreciação de julgados em que os animais são protagonistas das decisões, objetivando tratar do seguinte problema: em que medida as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nas de demandas judiciais envolvendo animais de estimação tem preservado a condição dos animais como sujeitos de direitos despersonalizados?

Buscou-se comprovar a hipótese de que a jurisprudência do STJ tem resguardado a proteção dos animais, utilizando como principal fundamento a violação do artigo 225 da Constituição de 1988, prevalecendo o entendimento de o atributo da sciência deve prevalecer na proteção direta do interesse do próprio animal diante do vínculo afetivo criado com o seu tutor.

O objetivo da pesquisa é de descrever casos concretos em que o bem-estar e a segurança do animal constituem o cerne da decisão das demandas do STJ. Para atingir o objetivo proposto foi aplicada a técnica da pesquisa bibliográfica e documental de natureza descritiva e o método dedutivo de análise, o *locus* da pesquisa foi STJ. Os dados coletados abrangeram julgados selecionados do período 2017-2019.

O argumento contendo os resultados da pesquisa foi organizado em quatro sessões. A primeira é a parte introdutória em que são delimitados os aspectos centrais da pesquisa em torno dos quais são desenvolvidos os argumentos teóricos e a análise dos dados coletados. A segunda apresenta considerações sobre a tutela jurídica dos animais no ordenamento jurídico brasileiro trazendo à lume a disciplina constitucional e a proteção infraconstitucional.

A terceira enfatiza o atributo da sciência destacando a importância sobre a Declaração de Cambridge sobre Consciência como marco teórico da mudança no tratamento jurídico dado aos animais, destacando ainda situação dos animais de estimação em face da situação emergencial da pandemia da Covid-19 e a mudança comportamental em relação aos animais de companhia apresentando dados estatísticos sobre o censo desses animais, a dimensão do mercado, a situação do abandono e a atuação das ONGs nesse contexto.

A quarta debruça-se sobre os casos concretos a partir de casos selecionados disponíveis na *web*, tendo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) como *locus* de pesquisa. Os dados coletados abrangeram julgados selecionados do período 2017-2019, o critério prevaiente na definição da amostra foi o de acessibilidade aos dados, bem como a repercussão do caso em razão de tratar-se de decisão inovadora.

Nas considerações finais reconhece-se a comprovação da hipótese do estudo, haja vista a constatação de que em todos os fundamentos das decisões estudadas sobressai-se a referência ao artigo 225 da Constituição de 1988, §1º, VII bem como o atributo da senciência como parâmetros determinantes em cada caso estudado.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Data de 1978, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais proclamada pela Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), sendo o Brasil um dos países signatários. Essa carta de princípios é composta de 14 artigos que disciplinam o tratamento dos animais desde o direito à vida, trazido no art. 1º, em seu art.2º assegura o direito à dignidade e ao respeito e afirma que “o homem não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais, ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais” (UNESCO, 1978).

O referido diploma normativo traz ainda a proibição de maus tratos em seu art. 3º, coíbe quanto à exploração de animais para diversão, bem como o reconhecimento de sua dignidade em seu artigo 10. O dispositivo ainda esclarece que espetáculos que utilizem animais são incompatíveis com a dignidade destes (UNESCO, 1978). Sobre a influência do diploma em comento no ordenamento jurídico brasileiro Porto e Paccagnela (2017, *online*) expõem que:

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais, carta de princípios de relevância internacional, é amplamente citada por múltiplos autores nacionais e internacionais como um documento proclamado pela UNESCO e assinado por diversos países, incluindo-se o Brasil.

Visando criar parâmetros jurídicos na criação de leis em defesa da causa animal, a referida Declaração:

Elencou diversos direitos em seus dispositivos como sendo de titularidade dos animais, como o direito à vida, ao respeito e à liberdade; seus preceitos se basearam na visão bem estarista, ou seja, aquela preocupada com o bem-estar animal, e cooperaram para a difusão desta visão. Ademais, seus dispositivos certamente inspiraram e ecoaram nas legislações de diversos países, incluindo-se o Brasil (PORTO; PACCAGNELA, 2017, *online*).

A Constituição de 1988 configura-se como marco jurídico-teórico importante no ordenamento jurídico brasileiro que assegura os direitos mínimos de proteção animal, tanto doméstico como selvagens coibindo práticas que poderiam levar espécies à extinção devido a práticas desenfreadas de depredação das mesmas e protegendo animais domésticos de práticas abusivas por seus tutores ou sociedade em geral (OLIVEIRA, 2020).

2.1 DISCIPLINA CONSTITUCIONAL

No direito ambiental, doutrinadores como Machado (2020), Silva (2019), Milaré (2020) e Fiorillo (2021) quando focalizam o direito ambiental constitucional reportam-se ao inciso VI, do artigo 24 da Constituição de 1988 que reza:

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...];

VI – florestas, **caça, pesca, fauna**, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Não é necessário ser especialista em direito ambiental para entender que o grifo colocado no texto coloca em evidência os verbetes caça, pesca e fauna, mostrando que os animais e os atos praticados contra estes validam a observação de que são tratados como recursos naturais, apresentam valor econômico e somente serão vistos como fauna a partir do momento em que ingressarem nas listas de risco de extinção, assinalam (SIRVINSKAS, 2020; TRENNEPOHL, 2020).

Fiorillo (2021), Rodrigues (2020), Silva (2019) e Prado (2016) esclarecem que a Constituição brasileira de 1988, no seu artigo 225, §1º, inciso VII disciplina a proibição da crueldade contra os animais silvestres, domésticos e domesticados. A partir da leitura do dispositivo expresso na norma em comento se pode projetar a proteção dos animais não humanos no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Tal posicionamento parte da consideração de que o texto constitucional, ao regulamentar a proteção ambiental a partir do olhar da proteção da fauna, assim determina:

Art. 225

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

[...];

VII - **proteger a fauna** e a flora, **vedadas**, na forma da lei, **as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O texto constitucional é bastante claro ao vedar qualquer prática que coloque em risco as espécies ou submeta os animais à crueldade. Isso nos permite afirmar que a Constituição de 1988 reconhece expressamente a condição de senciência dos animais não humanos, haja vista somente aquele que é dotado da capacidade de sentir pode ser submetido a qualquer tipo de crueldade. A esse respeito, Oliveira (2020) deixa claro ao tratar da senciência dos animais não humanos que, ao proibir a crueldade, o constituinte originário, reconhece a esses animais o direito de ter respeitado o seu valor intrínseco, sua integridade, sua liberdade, assunto tratado adiante na terceira seção desse estudo.

2.2 PROTEÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A cronologia da proteção infraconstitucional mostra que esta teve início anterior à Constituição de 1988, consoante abordagem feita por Medeiros, Weingartner Neto e Petterle (2016) o marco foi o Decreto nº 16.590/24, primeira norma de âmbito federal, a proibir a crueldade contra os animais, regulamentou as atividades das casas de diversões públicas, proibindo as corridas de touros e novilhos, as brigas de galo e canário, dentre outras atividades que, enquanto consideradas diversão, causassem sofrimento aos animais.

Em seguida, o Decreto nº 24.645/34 estabeleceu medidas de proteção aos animais, destacando-se o artigo 3º que arrolava trinta e uma ações consideradas maus-tratos. O Decreto-lei nº 3.688/41 no seu artigo 64 tipifica a conduta de práticas cruéis contra os animais, ao regular a proibição de trabalho excessivo no seu caput, proibindo a experiência com animais não humanos que fosse dolorosa ou cruel em animal vivo no seu §1º, e a proteção dos animais utilizados em exposições ou

espetáculos públicos, a exemplo do que ocorria nos circos e nas grandes feiras no seu §2º (MEDEIROS; WEINGARTNER NETO; PETTERLE, 2016).

Medeiros, Weingartner Neto e Petterle (2016) destacam ainda a lei nº 5.197/67 tratando da proteção da fauna silvestre, especialmente no que concerne à regulamentação da caça. O Decreto-lei nº 221/67 tratando da proteção e estímulo à pesca. A lei nº 7.173/83 disciplina o estabelecimento e o funcionamento dos jardins zoológicos no Brasil. A lei de nº 7.643/87 regulamentou a pesca de cetáceos nas águas jurisdicionais brasileiras, em consequência foram revogados os artigos 41 a 45 do Decreto-lei nº 221/67 que regulava a pesca e a industrialização de cetáceos. O artigo 41 do referido Decreto-lei ainda se referia à pesca da baleia que desde 1986 encontra-se proibida no Brasil com a finalidade de proteger espécies ameaçadas de extinção.

Ainda sobre a pesca, a lei nº 7.679/88 proibiu a pesca em determinados locais e em determinadas situações específicas: pescar em “cursos d’água nos períodos migratórios para a reprodução ou nos períodos de desova; pescar animais indefesos; animais com tamanho inferiores ao permitido; espécies que devam ser preservadas ou quantidades superiores às permitidas” (MEDEIROS; WEINGARTNER NETO; PETTERLE, 2016, p. 77). Proibiu ainda a pesca com explosivos, substâncias tóxicas, em locais interditados, ou sem licença ou autorização, dentre outras situações específicas.

Outro avanço evidenciado por Medeiros, Weingartner Neto e Petterle (2016) e Teixeira (2017) refere-se à lei nº 9.605/98 trazendo um capítulo sobre a tipificação dos crimes contra a fauna. São nove artigos dedicados à proteção dos animais não humanos, em sua maioria voltada para a proteção das espécies silvestres da fauna. Deve ser ressaltado que a partir da vigência da lei nº 9.605/98, as atividades danosas cometidas contra a fauna deixaram de ser consideradas contravenções passando a serem tratadas como crimes ambientais.

Seguindo essa linha de raciocínio Botelho (2020, *online*), ao referir-se aos crimes de maus tratos tipificado no artigo 32 da lei nº 9.605/98 deixa claro o seguinte:

A conduta criminosa se traduz em praticar ato de abuso ou maus-tratos, e ainda ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. O § 1º traz conduta delituosa derivada, incorrendo nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. Por sua vez, o § 2º prevê causa de aumento de pena de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. Trata-se de crime comissivo ou omissivo, que traduz

conduta consistente num agir ou numa abstenção de uma conduta, praticando atos abusivos contra animais ou deixando de agir, delito doloso, material ou formal, unissubjetivo, plurissubsistente, que admite-se a forma tentada.

Acrescente-se ainda a observação envolvendo outras práticas que também caracterizam conduta delituosa envolvendo maus-tratos aos animais, por exemplo:

[...] o abandono do animal, as agressões físicas, espancamento, mutilação, envenenamento, deixar de levar o animal doente a um especialista, deixar o animal exposto ao tempo, chuva, sol, ou frio intenso, submeter o animal a tarefas exaustivas, além de suas forças, incentivar brigas entre animais, não alimentar o animal regularmente, jogar o animal de um prédio, além de outras (BOTELHO, 2020, *online*).

Botelho (2020, *online*) apresenta uma síntese importante sobre a aplicação de pena ao autor do crime de maus-tratos, na lei nº 9.605/98, esclarecendo o seguinte:

[...] em seu artigo 9º ao 24, estabelece as medidas aplicáveis, prevendo fixação de medidas restritivas de direito como autônomas e substitutivas das penas privativas de liberdade, quando se tratar de crime culposo ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime. As penas restritivas de direito são prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, suspensão parcial ou total de atividades, prestação pecuniária e recolhimento domiciliar, e terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

Outro avanço importante nessa cronologia refere-se ao Decreto nº 3.607/2000 dispondo sobre a implementação da Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção - CITES, designando o Ibama como autoridade administrativa Cites no Brasil, com competência para regulamentar o intercâmbio internacional das espécies listadas nos anexos da Cites, isto é:

Um dos primeiros passos nesse sentido foi a criação, através da do serviço eletrônico de solicitação e emissão de licenças para importação, exportação e reexportação de espécimes; partes, produtos e subprodutos da fauna e flora silvestre brasileira e da fauna e flora exótica, constantes ou não nos anexos da Cites (SANTOS et. al, 2018, p. 55)

É importante levar em conta ainda nessa cronologia à lei nº 14.064/2020 que criou uma qualificadora no artigo 32 da Lei nº 9.605/98, em casos de crimes de maus-

tratos se praticados contra cães e gatos, prevendo pena de reclusão de 02 a 05 anos, multa e proibição da guarda. O diploma em comento, ao trazer essa qualificadora:

[...] inviabiliza a possibilidade de do Delegado de Polícia arbitrar valor de fiança em caso de prisão em flagrante, deixando a hipóteses de cabimento previstas no artigo 322 do Código de Processo penal que autoridade a autoridade policial fixar fiança nos casos de crimes com pena não superior a 04 anos. Assim, o delinquente deverá ser recolhido ao cárcere, ficando à disposição da autoridade judiciária (BOTELHO, 2020, *online*).

Sobre a penalização dessa conduta criminosa Botelho (2020, *online*) arremata:

[...] o crime de maus-tratos praticados contra pessoa, e os animais agora são equipados à pessoa, deixando de ser meramente um bem móvel para configurar sujeitos de direitos, não mais haverá possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, devendo ser aplicadas na hipótese as exigências e requisitos de admissibilidade do artigo 43 do Código penal que proíbe a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade pelas penas restritivas de direito em casos de violência ou grave ameaça à pessoa.

Trata-se de diploma legal importante a considerar diante da importância atribuída ao tema e da crescente estatística em torno de casos envolvendo situações de maus-tratos contra animais seja ele de estimação ou não, seja doméstico, domesticado ou da fauna silvestre, considerando a perspectiva do atributo da consciência no seu reconhecimento como sujeitos de direitos, dos quais os animais não humanos são titulares.

3 SOBRE O ATRIBUTO DA SENCIÊNCIA NA TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS

A Declaração de Cambridge sobre a Consciência (2012), elaborada por neurocientistas, neurofarmacologistas, neurofisiologistas, neuroanatomistas e neurocientistas computacionais cognitivos reunidos na Universidade de Cambridge/Reino Unido fundamenta-se no seguinte aspecto científico para tratar do atributo da consciência do animal não humano:

A ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que os animais não humanos têm os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência juntamente como a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos,

também possuem esses substratos neurológicos (apud ATAÍDE JUNIOR, 2019, p. 38)

Assim, esses substratos que geram consciência e sua relação com a legislação que trata da tutela jurídica dos animais não humanos, pois como revelou o neurocientista Philip Low, um dos assinantes da Declaração de Cambridge, ao ser questionado em entrevista sobre quais animais têm consciência? Respondeu com objetividade trazendo na sua argumentação o atributo da senciência. Nas suas palavras:

Sabemos que todos os mamíferos, todos os pássaros e muitas outras criaturas, como o polvo, possuem as estruturas nervosas que produzem a consciência. Isso quer dizer que esses animais sofrem. É uma verdade inconveniente: sempre foi fácil afirmar que animais não têm consciência. Agora, temos um grupo de neurocientistas respeitados que estudam o fenômeno da consciência, o comportamento dos animais, a rede neural, a anatomia e a genética do cérebro. Não é mais possível dizer que não sabíamos (apud PIRES, 2016, *on line*).

Oliveira (2020) ao fazer referência ao atributo da senciência nos moldes colocados por Philip Low chama atenção para a necessidade de comportamento da sociedade para com a maneira de tratar os animais em razão dessa importante descoberta científica. Na entrevista, Philip Low esclareceu ainda sobre o tipo de comportamento animal que pode ser percebido no sentido de demonstrar a consciência animal, enfatizando o seguinte:

Quando um cachorro está com medo, sentindo dor, ou feliz em ver seu dono, são ativadas em seu cérebro estruturas semelhantes às que são ativadas em humanos quando demonstramos medo, dor e prazer. Um comportamento muito importante é o autorreconhecimento no espelho. Dentre os animais que conseguem fazer isso, além dos seres humanos, estão os golfinhos, chimpanzés, bonobos, cães e uma espécie de pássaro chamada pica-pica (apud PIRES, 2016, *on line*).

Esses exemplos embasados cientificamente servem de base para reafirmar a importância do reconhecimento da legislação ambiental, dos direitos dos animais não humanos e de sua proteção jurídica estabelecida no artigo 225, § 1º, VII da Constituição de 1988, no artigo 32 da lei 9.605/98, legislação que, ao protegê-lo “dá a ele a qualidade de sujeito de direito, sendo assim, mesmo não possuindo a capacidade de autodefesa, o poder público e a sociedade são incumbidos

constitucionalmente de tutelá-los” (VASCONCELLOS; MENEZES; ASSIS, 2019, p. 113).

Empiricamente se observa que aos poucos a sociedade, através das ações de ativistas ambientais em prol da causa animal que algumas evidências começam a despontar um crescente o número de advogados, promotores e cidadãos que buscam defender esses seres sencientes. Além disso, foram criadas Comissões de Defesa dos Direitos dos Animais, em todas as seccionais e subseccionais da OAB e há pressão social com os pedidos para a criação de hospitais públicos veterinários em várias cidades, crescem também o número de ONGs protetoras de animais no país.

3.1 BREVES NOTAS SOBRE A SITUAÇÃO DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO EM FACE DA SITUAÇÃO EMERGENCIAL DA PANDEMIA DA COVID-19

Tendência interessante observada durante esse período pandêmico da Covid-19 revela não apenas a busca por animais de companhia, mas também um tratamento mais humanizado que estes estão recebendo, passaram a deixar de viver em espaços fora das residências e a morar no interior destas junto om as famílias, deixaram de comer restos de alimentos e agora consomem rações, produtos de padaria, cervejaria, produtos de higiene e limpeza especiais, fraudas, roupas e acessórios, tratamento médico veterinário especializado como terapias, fisioterapia, oftalmologia, odontologia, oncologia, dermatologia, entre outros.

Os animais de estimação, hoje, são parte da família, haja vista a constatação de que a longevidade e o estilo de vida solitário nas grandes cidades tornaram esses animais importantes na vida das pessoas. Além disso, os animais de estimação são considerados fundamentais em tratamentos terapêuticos e em políticas de inclusão social. Estatísticas mostram que o Brasil tem a segunda maior população de cães, gatos e aves canoras e ornamentais em todo o mundo e é o terceiro maior país em população total de animais de estimação, cerca de 142 milhões de animais assim distribuídos: 55,1 milhões de cães; 24,7 milhões de gatos; 19,4 milhões de peixes ornamentais; 40 milhões de aves; e mais 2,4 milhões de répteis e pequenos mamíferos (VIALLI, 2021).

Em termos de dimensões de mercado, o Brasil é terceiro maior do mundo, atrás dos Estados Unidos e da China, em 2020 o faturamento do setor, estimado em um pouco mais de R\$ 41 bilhões considerando dados do primeiro trimestre, pois não

há dados disponíveis sobre o desempenho no ano todo, e como mercado em ascensão, apresentou crescimento de 13,5% comparado ao resultado obtido em 2019 (VIALLI, 2021). Por outro lado, tem sido observado que permanece crescendo o problema de abandono de animais que, conforme estabelece a lei nº 9.605/98 configura-se como maus-tratos sendo, portanto, ato delituoso.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que no Brasil “existam mais de 30 milhões de animais abandonados, sendo cerca de 10 milhões de gatos e 20 milhões de cães. Nas grandes cidades, a cada cinco habitantes há um cachorro, dos quais 10% estão abandonados” (MAIA; BUENO, 2020, *online*). Como causas desse abandono, duas justificativas foram identificadas: a instabilidade financeira das famílias impossibilitadas de arcar com o custo de manutenção do animal dando-lhe condição de vida digna como ser senciente; e a crença de que cães e gatos sejam transmissores da coronavírus.

Sobre essa última justificativa, o médico veterinário e docente na Universidade Estadual Paulista (Unesp), Stelio Pacca Loureiro Luna, que coordena um projeto de pesquisas sobre dor e qualidade de vida em animais, destaca a publicação de artigo recente na revista *Journal of Travel Medicine*, alertando sobre o abandono de animais domésticos em função do pânico causado pela pandemia em escala global, sublinhando o problema decorre de “informações errôneas de que cães e gatos podem transmitir o coronavírus. Certamente esse não é o caso para cães e ainda não há comprovação definitiva para gatos” (apud MAIA; BUENO, 2020, *online*).

Paradoxalmente, tem sido observado que a pandemia fez com que mais pessoas quisessem adotar um animal de estimação principalmente cães e gatos, aspecto importante a considerar sobre o bem-estar e defesa dos direitos dos animais. A maioria dos animais abandonados no Brasil vive sob a tutela de ONGs que atuam na proteção animal, ou de protetores que assumem a responsabilidade de manter esses animais e promover a adoção voluntária: “o Brasil possui hoje 172.083 animais abandonados sob a tutela das ONGs e grupos de protetores. Dos mais de 172 mil animais tutelados, 165.200 (96%) são cães e 6.883 (4%) são gatos” (IPB, 2019, *online*).

Portanto, ao circunscrever essa abordagem em torno de questões sobre mudança de comportamento dos seres humanos para com os animais não humanos em face da emergência do fenômeno da pandemia da Covid-19, mostrando em termos quantitativos a problemática em torno dos animais de estimação, criou-se um espaço

importante de reflexão sobre a causa animal e para mostrar a importância de julgados do STJ entre 2017 e 2019 em que os animais são protagonistas das decisões.

4 JULGADOS EM QUE OS ANIMAIS SÃO PROTAGONISTAS DAS DECISÕES

Para melhor entender o reflexo dos textos das leis sobre litígios envolvendo a defesa dos direitos dos animais silvestres, domésticos e domesticados, vivendo como animal de companhia ou em cativeiro, vítima de maus-tratos ou outra situação que fere o atributo da senciência e o direito a uma vida digna, selecionou-se três julgados considerados importantes pelo seu precedente em relação à defesa do direito dos animais.

O primeiro julgado contempla decisão sobre manutenção da posse de papagaio de estimação, um caso que integra a história do STJ cujo processo teve origem na cidade de Cajazeiras, estado da Paraíba tinha no centro o papagaio Leozinho, apreendido pelo Ibama em 2010. Através de uma denúncia anônima, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Brasileiros - IBAMA apreendeu o papagaio da posse da senhora Izaura Dantas, idosa de 74 anos. Após celeuma judicial, a causa chega até o Superior Tribunal de Justiça - STJ que também nega a apreensão e permite que a ave continue na posse da tutora Izaura. (BRASIL, 2018).

O agravo interno no recurso especial nº 1389418 PB 2013/0211324-4, julgado em 21 de setembro de 2017 teve como resultado a manutenção da guarda dos animais com a sua tutora:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. APREENSÃO DE ANIMAL. LONGO CONVÍVIO EM AMBIENTE DOMÉSTICO. SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. APLICABILIDADE. .2. Esta Corte em diversos precedentes firmou entendimento segundo o qual, em casos como os tais, não se mostra plausível que o direito à apreensão do animal dê-se exclusivamente sobre a ótica da estrita legalidade. Há que se perquirir, como bem ponderaram as instâncias ordinárias, sobre o propósito e finalidade da Lei Ambiental que sabidamente é voltada à melhor proteção do animal. Desse intuito não se afastou o aresto recorrido quando considerou que - diante da peculiaridade do caso concreto e em atenção ao princípio da razoabilidade - deva a ave permanecer no ambiente doméstico do qual jamais se afastou em 15 anos. (STJ - AgInt no REsp: 1389418 PB 2013/0211324-4, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 21/09/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/09/2017)

O Juiz de primeiro grau, mais próximo dos fatos, julgou procedente o pedido consignando que, "o respeito à estrita legalidade não é suficiente para dirimir a presente celeuma. Deve-se ter em mira que o papagaio vive, há cerca de 15 anos, como animal doméstico, adaptado à alimentação própria, longe do seu habitat natural" (BRASIL, 2017).

Na decisão recursal, o Ministro OG Fernandes nega o agravo impetrado pelo IBAMA, em face do princípio da razoabilidade. Este deve ser presente nas decisões judiciais já que cada caso examinado demanda uma solução própria. De fato, o relator afirma que mesmo verificando sérios indícios da posse irregular, uma vez que a idosa não possuía licença ou autorização expedida por órgão ambiental competente que pudesse justificar a posse legal da ave. Todavia, o animal já coabitava por um longo período de tempo com a família e já demonstrava estar plenamente adaptado do ambiente doméstico. Certamente, a mudança repentina e drástica causaria à ave um dano maior (BRASIL, 2017).

O segundo julgado envolve a regulamentação judicial de visitas a animais de estimação após a separação de um casal em caso de dissolução de união estável, decisão proferida em 2018, sendo a primeira do STJ em que houve o reconhecimento do direito de visitação ao companheiro em razão da relação de afeto mantida para com o animal objeto da ação.

De acordo com os autos, o casal adquiriu a cadela yorkshire em 2008. Com a dissolução da união estável, em 2011, as partes declararam não haver bens a partilhar, deixando de tratar do tema específico do animal de estimação. Na ação de regulamentação de visitas, o ex-companheiro afirmou que o animal ficou em definitivo com a mulher, que passou a impedir o contato entre ele e cachorra. Segundo o autor da ação, esse impedimento lhe causou "intensa angústia" (BRASIL, 2018).

O REsp: 1713167 SP 2017/0239804-9, julgado em 19 de junho de 2018, segue a mesma trilha da decisão anterior em que se observa a prevalência do melhor interesse do animal e do vínculo afetivo deste para com o seu tutor:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. [...]. 5. A

ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido. (STJ- REsp: 1713167 SP 2017/0239804-9, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 19/06/2018, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJE 09/10/2018).

Com a finalização do julgamento pela quarta turma, foi mantido o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que fixou as visitas do ex-companheiro à cadela em períodos como fins de semana, feriados e festas de final de ano. Ele também poderá participar de atividades como levar o animal ao veterinário. Não há como deixar de considerar enfatizar o seguinte: casos que envolvem animais de estimação, comumente cães e gatos, são bastante delicados, haja vista a construção de vínculo familiar importante, pois estes têm sido com frequência, substituídos pelas crianças, ocupando o lugar e papel dos filhos do casal.

Oportuno ainda observar, que o direito tem evoluído à medida que a sociedade tem adotado novas práticas familiares. Mais uma vez, a depender do caso concreto a questão deve ser examinada tanto na perspectiva da afetividade em relação ao animal quanto pela previsão constitucional atribuída à fauna. No caso em questão, o julgamento reconheceu que a cadela foi adquirida durante a união estável e que ficou bem demonstrada a relação de afeto entre o autor e o animal de estimação, ora proibido de interagir com o animal, sob o pretexto de estar forçando uma possível reconciliação do casal, a autoridade julgadora descartou tal justificativa e atendeu o pedido, com adoção de providências cabíveis, prevendo uma espécie de guarda compartilhada inspirada no direito de família.

O terceiro julgado refere-se ao REsp 1.783.076, teve origem em ação ajuizada por uma moradora de condomínio do Distrito Federal para ter o direito a criar sua gata

de estimação no apartamento. Ela alegou que a gata, considerada um membro da família, não causa transtorno nas dependências do edifício:

RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. ANIMAIS. CONVENÇÃO. REGIMENTO INTERNO. PROIBIÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se a convenção condominial pode impedir a criação de animais de qualquer espécie em unidades autônomas do condomínio. 3. Se a convenção não regular a matéria, o condômino pode criar animais em sua unidade autônoma, desde que não viole os deveres previstos nos arts. 1.336, IV, do CC/2002 e 19 da Lei nº 4.591/1964. 4. Se a convenção veda apenas a permanência de animais causadores de incômodos aos demais moradores, a norma condominial não apresenta, de plano, nenhuma ilegalidade. 5. Se a convenção proíbe a criação e a guarda de animais de quaisquer espécies, a restrição pode se revelar desarrazoada, haja vista determinados animais não apresentarem risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e dos frequentadores ocasionais do condomínio. 6. Na hipótese, a restrição imposta ao condômino não se mostra legítima, visto que condomínio não demonstrou nenhum fato concreto apto a comprovar que o animal (gato) provoque prejuízos à segurança, à higiene, à saúde e ao sossego dos demais moradores. 7. Recurso especial provido. (Recurso Especial nº 1.783.076 – DF (2018/0229935-9) Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 14 de maio de 2019).

O STJ reformou acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e (TJDF) que havia entendido que as normas previstas na convenção e no regimento interno do condomínio incidem sobre todos os moradores, sendo que a proibição expressa da permanência de animais nas unidades autônomas se sobrepõe à vontade individual de cada condômino, conforme o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.783.076 – DF (2016/0267361-9):

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONDOMÍNIO. PROIBIÇÃO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS. FLEXIBILIZAÇÃO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS DA CONVENÇÃO CONDOMINIAL. MODIFICAÇÃO DO ACORDO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1 As instâncias ordinárias decidiram com base nas peculiaridades do caso concreto, bem como interpretando as cláusulas da Convenção do Condomínio, ao afirmarem que dois gatos pequenos e saudáveis da autora não ofereciam riscos aos demais condôminos ou perturbação do sossego alheio, circunstância que impossibilita a análise do recurso por essa Corte Superior em razão da incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ. 2. Ademais, a Terceira Turma dessa Corte Superior, por ocasião do julgamento da REsp n. 1.783.076/DF, decidiu em conformidade com a orientação firmada no acordo recorrido, concluindo pela possibilidade de se flexibilizar a convenção condominial que proíbe a criação e guarda de animais de qualquer espécie, quando não houver risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e frequentadores ocasionais do condomínio. 3 Agravo desprovido. (Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.783.076 – DF (2016/0267361-9). Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize. Julgado em 04 de maio de 2019).

Em síntese, o caso envolve três pontos interessantes para serem tratados. O primeiro ponto é a situação a convenção que não regula o tema. Neste, os condôminos podem ter seus animais de estimação em suas unidades privadas, contando que não violem os deveres expressos nos artigos nº 1.336, IV do Código Civil vigente e o artigo nº 19 da Lei 4.591/1964 (Lei dos condomínios e incorporações).

O segundo ponto é o da convenção que proíbe a permanência de animais que podem perturbar os moradores. Contudo, isso não representa nenhuma ilegalidade. O terceiro ponto, diz respeito à convenção que proíbe totalmente a permanência de animais, sejam esses de qualquer espécie ou tamanho. Assim, a terceira turma recursal, de forma colegiada, seguiu o voto do relator ministro Villas Bôas Cueva, quando alegou incoerência da decisão de origem, pois há determinados animais de estimação, de trato doméstico que não oferecem risco à incolumidade e à tranquilidade do condomínio (BRASIL, 2019).

Dessa maneira, o colegiado acompanhou o relator, dando provimento ao recurso especial da parte autora, evidenciando também que a procedência do pedido não isenta a moradora de manter a incolumidade e a salubridade no local residencial, sendo necessário, portanto, manter os cuidados necessários para garantir o bem-estar e a saúde do animal e não oferecer risco ao condomínio, sendo esse um requisito presente no julgado em comento.

Assim ante o exposto, é possível afirmar que os três julgados citados, demonstram claramente que a jurisprudência dos tribunais superiores tem acompanhado a evolução do direito animal, cumprindo preceito constitucional do art. 225 no sentido de evitar violação de direitos dos animais, tratando estes como seres sencientes, como sujeitos de direitos despersonalizados, em uma categoria de natureza jurídica *sui generis*, bem como ressaltando a importância da matéria em julgamento, não a considerando que não “se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte” (BRASIL, 2018).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, reconhece-se a comprovação da hipótese do estudo, haja vista a constatação de que em todos os fundamentos das decisões estudadas sobressai o atributo da senciência como parâmetros determinantes em cada caso

estudado. Embora não presente nos textos dos julgados a referência ao artigo 225 da Constituição de 1988, §1º, VII, de modo indireto se faz presente na medida em que preza pela garantia do direito de preservação da vida dos animais ao determinar que estejam vedadas as práticas que submetam os animais a crueldade.

Ao impedir que os animais sejam submetidos à humilhação, atos cruéis, e situações indignas, a Constituição de 1988, garante que esses animais tenham sua vida respeitada, bem como as respectivas condições de vida adequada para cada espécie. E, da leitura do seu art. 225 se extraí que a preservação a vida animal é tarefa constitucional do poder público e de toda a coletividade, não podendo causar sua morte sem justificativas aceitáveis e explicitadas, ante a consideração de que o direito universal à vida é extensivo a todas as formas de vida, não apenas a humana.

Considerando os casos julgados analisados, é possível observar que o bem-estar e a segurança dos animais estão no cerne da decisão das causas do STJ, que tem buscado aplicar a lei atendendo a seus fins, bem como a legislação ambiental específica dos animais na busca a proteção deles, utilizando o princípio da razoabilidade quando possível, a exemplo do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1389418 PB 2013/0211324-4, na singularidade do caso envolvendo animal da fauna silvestre que vive como animal de companhia sob a tutoria de pessoa idosa.

Sobre o vínculo afetivo da parte para com o animal como membro da família e a condição deste como ser senciente presente nas decisões judiciais, evidenciou-se o Recurso Especial 1.713.167, primeira decisão sobre a matéria, datada de 2018, quando foi julgado pela 4ª Turma do STJ. No acórdão do processo em questão, restou reconhecido, de igual maneira ao que tinha ocorrido no tribunal de origem, o direito de visitação ao cachorro adquirido pelo casal durante a união estável que mantiveram.

Aspecto importante a ressaltar no julgado do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.783.076 – DF (2016/0267361-9) sobre a manutenção de animais no condomínio, é que nesse caso, para obter judicialmente a proibição, ou existe disposição taxativa na convenção, sem qualquer ressalva, ou será preciso demonstrar que o animal, de alguma forma, prejudica a saúde, a segurança ou o sossego dos condôminos, aspecto considerado no referido julgado em que o STJ se posicionou pela flexibilização das normas da convenção, posto que os animais eram inofensivos aos condôminos, respeitando o direito constitucional do tutor do animal em mantê-lo em seu imóvel, ou seja, não pode a convenção de condomínio proibir genericamente a permanência de quaisquer animais em condomínios, sem restrição, porque se

estaria invadindo a privacidade das pessoas e violando-se o art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, como ocorreu no caso em comento.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Código de bem-estar animal do estado da Paraíba: código-modelo de direito animal para o Brasil. *In: Comentários ao Código de direito e bem-estar animal do estado da Paraíba: a positivação dos direitos fundamentais dos animais*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 35-42.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma) Agravo Interno em Recurso Especial. **AgInt no REsp 1389418/PB**. Relator: Ministro OG Fernandes. Brasília, 21 de setembro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/503714667/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-noresp-1389418-pb-2013-0211324-4?ref=juris-tabs> Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma) Recurso Especial. **REsp 1713167/SP**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 19 de junho de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288?ref=juris-tabs>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.783.076 – DF (2018/0229935-9)** Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 14 de maio de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859330393/recurso-especial-resp-1783076-df-2018-0229935-9>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no **Recurso Especial nº 1.783.076 – DF (2016/0267361-9)**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize. Julgado em 04 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/296287317/stj-07-05-2020-pg-8777>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BOTELHO, Jefferson. Visão jurídica da novíssima Lei nº 14.064/20 que pune crime de maus-tratos contra cães e gatos: Seres sencientes e a nova dogmática dos sujeitos de direito. *In: JurisWay*, 4 out., 2020. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=21052#:~:text=Praticar%20ato%20de%20abuso%2C%20maus,a%20um%20ano%2C%20e%20multa.&text=Por%20sua%20vez%2C%20o%20C2%A7,se%20ocorre%20morte%20do%20animal. Acesso em: 16 abr.2021.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

IPB. País tem 39 milhões de animais em condição de vulnerabilidade. *In: Instituto Pet Brasil*, 26 ago. 2020. Disponível em: <http://institutopetbrasil.com/imprensa/pais-tem-39-milhoes-de-animais-em-condicao-de-vulnerabilidade/> Acesso em: 17 abr. 2021.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2020.

MAIA, Caroline Marques; BUENO, Roberta. Pandemia aumenta abandono, mas também adoção de pets. *In: Com Ciência*. Revista Eletrônica de Jornalismo Científico, 30 jul. 2020. Disponível em: <https://www.comciencia.br/pandemia-aumenta-abandono-mas-tambem-adocao-de-pets/> Acesso em: 17 abr. 2021.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; WEINGARTNER NETO, Jayme; PETTERLE, Selma Rodrigues. **Animais não humanos e a vedação da crueldade: o STF no rumo da jurisprudência intercultural**. Canoas, RS: Unilasalle, 2016. Disponível em: www.revisas.unilasalle.edu.br. Acesso em: 16 abr. 2021.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 12. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

OLIVEIRA, Marília Jesus de. Tutela jurídica dos animais no Brasil. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília: DF, 9 jun. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54670/tutela-juridica-dos-animais-no-brasil>. Acesso em: 16 abr 2021.

PIRES, Marco Túlio. “Não é mais possível dizer que não sabíamos”, diz Philip Low. *In: Revista Veja: ciência*, edição 6 maio 2016, (entrevista). Disponível em: <https://veja.abril.com.br/ciencia/nao-e-mais-possivel-dizer-que-nao-sabiamos-diz-philip-low/>. Acesso em: 16 abr. 2021.

PORTO, Adriane Célia de Souza; PACCAGNELLA, Amanda Formisano. A verdadeira natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos dos Animais e sua força como carta de princípios. *In: Âmbito Jurídico*, 1 out., 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/a-verdadeira-natureza-juridica-da-declaracao-universal-dos-direitos-dos-animais-e-sua-forca-como-carta-de-principios/>. Aceso: 16 de abr. 2021.

PRADO, Luís Régis. **Direito penal do ambiente: crimes ambientais (Lei 9.605/1998)**. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SANTOS Hugo Ricardo Secioso; GÔLO, Patrícia Silvia; SILVA, Manuela da; COELHO, Irene da Silva; PAIVA, Selma Ribeiro de; OLIVEIRA, Danilo Ribeiro de. Os impactos da legislação ambiental brasileira sobre as coleções biológicas. *In:*

Diversidade e Gestão 2(2), 2018 Volume Especial: Conservação in situ e ex situ da Biodiversidade Brasileira, p. 52-61. Disponível em:

<https://itr.ufrj.br/diversidadeegestao/wp-content/uploads/2019/02/Hugo-Santos.pdf>.

Acesso em: 16 abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TEIXEIRA, Karen. Maus-tratos de animais: uma proteção simbólica na lei de crimes ambientais. *In: Justiça & Sociedade* (Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista – IPA), v. 2, nº 1, 2017, p. 351-393. Disponível em: www.metodista.br. Acesso em: 09 abr. 2021.

TRENNEPOHL, Terence. **Manual de direito ambiental**. 8. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

UNESCO. Declaração Universal dos Direitos dos Animais, Unesco, ONU (Bruxelas – Bélgica, 27 de janeiro de 1978). Disponível em:

<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

VASCONCELLOS, Flávia Pequeno de; MENEZES, Maria do Socorro da Silva; ASSIS, Luciana Vilar de. Bem-estar, dor e sofrimento dos animais não humanos: estudo sob a ótica do direito ambiental. *In: Revista dos Tribunais*, ano 108, vol. 1001, mar/2019, p. 93-120.

VIALLI, Andrea. Faturamento do mercado pet no país aumenta 13,5% em 2020. *In: Folha de São Paulo*, 20 mar. 2021. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/mpme/2021/03/faturamento-do-mercado-pet-no-pais-aumenta-135-em-2020.shtml> ou as ferramentas oferecidas na página. Acesso em: 17 abr. 2021.

REFUGIADOS DO ORINOCO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE O PROCESSO DE ACOLHIMENTO WARAO VENEZUELANO EM CAMPINA GRANDE/PB

REFUGEES FROM ORINOCO: A CASE STUDY ON THE WARAO VENEZUELANO WELCOME PROCESS IN CAMPINA GRANDE/PB.

PERILO HOLANDA DE LUCENA*
HANDERSON GLEBER DE LIMA CAVALCANTI**

RESUMO

Este trabalho é um estudo de caso que aborda a saga de uma família Warao nacional da Venezuela que, em busca de sobrevivência, escolheu migrar para o Brasil e, por contingência do destino, aportaram em Campina Grande, na Paraíba, distante 6.300 km da sua terra originária – o Delta do rio Orinoco, na Venezuela oriental. Por conta de um incidente familiar, um casal Warao protagonizou a abertura de um processo de acolhimento institucional de uma menor e uma acusação criminal grave ao seu companheiro. O cenário jurídico foi a Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Campina Grande PB. O que nos motivou fazer o estudo deste caso foi a necessidade de apresentar um Trabalho de Conclusão de Curso para atender às exigências disciplinares.

PALAVRAS-CHAVE: Indígena. Warao. Venezuela. Imigrante. Orinoco.

ABSTRACT

This work is a case study that reports the saga of a national Warao family from Venezuela who, in search of survival, chose to migrate to Brazil and, due to their destination, landed in Campina Grande, Paraíba, 6,300 km away from their original land - the Orinoco River Delta, in eastern Venezuela. Due to a family incident, a Warao couple led the opening of a process of institutional reception of a child and a serious criminal accusation against their partner. The legal scenario was the Court of Childhood and Youth of the District of Campina Grande PB. What motivated us to study this case was the need to present a Course Conclusion Paper to meet the disciplinary requirements.

KEYWORDS: Indigenous. Warao. Venezuela. Immigrant. Orinoco.

1 INTRODUÇÃO

O problema social de pedintes esmolando nos semáforos da Capital ganhou nova conotação por conta da presença ativa de índios venezuelanos. Em face dessa

* Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2021.1, semestre 2021.1. E-mail: perilo.lucena@fespfaculdades.edu.br

** Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB, Professor da FESP Faculdades, especialista em Ciências Criminais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e Bacharel em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar do Cabo Branco (APMCB). E-mail: handerson.gleber@gmail.com

nova modalidade de pedintes, elegemos como problema de uma pesquisa, tipo Estudo de Caso, apresentado como Trabalho de Conclusão do Curso de Direito, a partir de um fato judicializado em meados de 2020 na Vara da Infância e Juventude de Campina Grande/PB.

Este trabalho faz uma narrativa do caso com enfoque do problema na origem, desde a Foz do Orinoco, na Venezuela chegando à análise dos principais dispositivos legais invocados, que são as medidas de proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente. Utilizamos como metodologia de pesquisa a leitura de relatos oficiais de órgãos que lidam com o problema migratório, organizações humanitárias e pesquisadores focados no problema da imigração forçada de povos indígenas venezuelanos.

Elaborado com base na pesquisa bibliográfica e documental, o presente estudo adotou como vertente metodológica utilizada a análise qualitativa, o método de procedimento é o monográfico; com abordagem hipotético-dedutivo, através de pesquisa indireta cujos dados foram colhidos através de publicações feitas em livros, sites da internet, jurisprudências e da decisão judicial que embasou o estudo de caso que ora se apresenta.

Em nosso percurso, trataremos da origem do caso e as razões da migração e sobre a presença dos Warao em Campina Grande; em seguida discorreremos brevemente sobre os direitos humanos envolvidos; no terceiro momento trataremos abordagem acerca judicialização das medidas de proteção e ao final, nossas considerações sobre a questão.

Importante frisar que com esse trabalho de pesquisa temos por finalidade levar o assunto à Banca examinadora, fórum necessário para consecução da aprovação do TCC, condição *sine qua non* para titulação acadêmica. E, também trazer para discussão um caso real, complexo e instigante para pesquisa na seara jurídica com o intuito de demonstrar o conhecimento jurídico adquirido ao longo do curso, não apenas no plano teórico, mas qualificando o debate acerca do problema investigado com apresentação de dados claros e confiáveis, além do posicionamento do autor da pesquisa sobre o caso estudado.

2 ORIGEM DO CASO E AS RAZÕES DA MIGRAÇÃO

A contextualização do objeto de pesquisa leva ao seguinte questionamento:

Afinal, qual o preço que uma comunidade indígena Warao venezuelana originária tem que pagar com a própria dignidade quando lhes falta o sustento? O Brasil foi instigado a responder essa pergunta de forma humanitária, vez que na interação fronteiriça, estado de Roraima, se estabeleceu a porta de entrada de um fluxo migratório para o povo Warao oriundo da foz do Orinoco (SANTOS, 2019).

Em Boa Vista, capital do estado de Roraima, as medidas sociais implementadas não bastaram para o sustento e reprodução social da etnia Warao, o que motivou esta saga de diversos grupos, entre os quais um casal Warao índio, imigrante e pobre, a buscar abrigo num local geograficamente distante 6.300 km (distância de Tucupita/Venezuela a Campina Grande/PB).

3 O PORQUÊ DA IMIGRAÇÃO WARAO

É peremptória, ao longo da dissertação “Diáspora dos Índios Warao da Venezuela”, a inferência conclusiva de que a Imigração Forçada¹², segundo Santos (2019, p. 30, grifo nosso) é motivada pelo seguinte fenômeno:

[...] podemos inferir que a diáspora¹³ se deu de forma forçada e não por opção própria. Na narrativa do aidamo é possível perceber que a dispersão era a única alternativa de sobrevivência. Na Venezuela não conseguiam sequer um quilo de farinha e de açúcar: **“tudo muito caro, muita gente necessitando de roupa, de medicina e como não tem está morrendo, passando fome”**. Ele acrescenta que no local de origem deixou dois irmãos e dois sobrinhos que não têm roupa, nem comida e ele não tem como ajudar.

O importante no estudo supracitado é que o seu autor não se limitou ao restrito trânsito dos Warao de um país a outro, ou mesmo replicar algumas pesquisas publicadas. Ele foi ao cerne da questão humanitária buscando, em uma pesquisa de campo, as informações primárias na fonte mais fidedigna no relato dessa tragédia: o próprio índio Warao protagonista. O que nos chama atenção nessa citação é a vulnerabilidade social dos que migraram e, de modo mais sensível, a condição de miserabilidade dos que ficaram no Orinoco, no relato da citação: “Ele acrescenta que no local de origem deixou dois irmãos e dois sobrinhos que não têm roupa, nem comida e ele não tem como ajudar” (SANTOS, 2019, p. 33).

12 O termo Imigração Forçada é nosso. O autor chama a imigração de Diáspora Warao.

13 O autor chama diáspora como referência ao evento bíblico da Diáspora do povo Judeus pelo Mundo; por extensão é dispersão de um povo em consequência de preconceito ou perseguição política, religiosa ou étnica.

4 SOCIOLOGIA VERSUS ECONOMIA

A vida comunitária originária do povo Warao não foge a regra das sociedades ditas primitivas; os indígenas em confronto econômico. De um lado o “Branco”, na cobiça de bens globalizados; do outro lado o “Índio”, em defesa de valores tradicionais. Essa luta é desproporcional e sua resiliência não traz raízes culturais. Ao contrário, o acultramento é crescente pela miscigenação e interferência econômica dos “criollos” (LÉVI-STRAUSS, 1908)¹⁴.

Nesse sentido, ao aproximar a realidade cultural dos sujeitos investigados foi possível inferir o seguinte:

Entre os projetos que causaram impactos nas TIs dos Warao registram-se as atividades das indústrias madeireiras, plantações de arroz e indústrias alimentícias na região de Winikina, no município de Antonio Dias e Tucupita, áreas das quais partiram a maior parte das Terras Indígenas dos grupos que vieram para o Brasil (SANTOS, 2019, p. 20-21).

Houve melhorias significativas da vida comunitária, em curto prazo, pelos reflexos das ações governamentais. Mas, a prevalência da família endogâmica cuja participação produtiva dos homens garantia o sustento e que, com a liderança das mulheres, dava a estabilidade cultural do povo Warao, foi degradada. Essa estabilidade colapsou na esteira dos problemas que é do conhecimento público, a violência em quase todas as formas:

Segundo Paviany (apud MODENA, 2016, p. 9) a violência pode ser natural ou artificial. A natural é intrínseca ao humano, já a violência artificial é geralmente um excesso de força de uns sobre outros:

As ciências partem de diferentes definições de violência, a partir do objeto e do método de sua investigação. Nesse sentido, a violência pode ser descrita, analisada e interpretada pela sociologia, antropologia, biologia, psicologia, psicanálise, teologia e filosofia e pelo direito. Os especialistas desses ramos do conhecimento e de outros falam da violência acentuando um ou mais aspectos, porém raramente considerando o fenômeno como uma totalidade.

A débâcle¹⁵ venezuelana, de motivação política ideológica aliado à

14 Segundo Lévi-Strauss (1908), as razões da utilização de termos gerais em substituição aos específicos incorporados a língua e a sintaxe por populações ditas selvagens são consideradas “indigência intelectual”.

15 Mudança brusca que acarreta desordem ou ruína financeira. Derrota; desastre (Dicionário *Online* de Português).

globalização, que nos é contemporânea neste último ano e na década anterior, foram causadores do fenômeno migratório forçado. O desenvolvimento pelo desenvolvimento, sem a sustentabilidade atrelado ao modo de vida comunitário deixou sequelas sociais irreversíveis. Do lado sociológico, a degradação familiar; a renda e o sustento (biologicamente falando - pois a dieta básica dos Warao é de peixe pescado pela comunidade). Se a Venezuela se tornou um Estado frágil economicamente, o povo Warao mais ainda, perdeu a segurança alimentar (MODENA, 2016).

A relação de dependência direta da economia nacional desestruturou a unidade doméstica tradicional do povo Warao. As mulheres são dependentes pela intrínseca condição de mulher e mãe pobre de uma prole rica. Hoje há dependência do marido e da liderança dos aidamos¹⁶ (MOREIRA, 2018). Essas constatações, que reforçam os conceitos descritos anteriormente, indicam que a imigração forçada foi, de fato, uma questão de sobrevivência.

5 PRESENÇA WARAO NO BRASIL

A trajetória da migração referida na pesquisa de campo realizada por Santos (2019, p. 69, grifo nosso) em sua dissertação de mestrado em Antropologia Social, descreve, em entrevista pessoal com o aidamo Moisés e outros:

Ele morava no município de Antonio Diáz, um dos maiores que integra o Estado Delta Amacuro, limitando-se ao município de Tucupita.(...) Do porto, tivemos que apanhar uma condução até o terminal da ciudad da Guayana, no Estado de Bolívar. Da ciudad de Guayana partiram para Santa Elena de Uairén, percorrendo nesse último trecho 590 quilômetros. De Santa Elena de Uairén atravessaram a fronteira até Pacaraima e de lá Boa Vista. Com a venda dos artesanatos que traziam, chegaram de ônibus a Manaus/AM. No caso da família do aidamo, a parada foi rápida em Boa Vista, mas nessa caminhada alguns tiveram que ficar para trás: **“tem parentes meus que ficaram em Pacaraima, minha mãe de 82 anos, num abrigo com meu irmão e um sobrinho”**. **“Eu estou lutando para ficarmos juntos, porém não temos dinheiro para trazê-los”**.

O que chama atenção e se buscava explicação é como indígenas de tão distantes plagas, sem meios de locomoção chegaram aos destinos no Brasil, em especial a Campina Grande, objeto de nosso estudo. Parafraseando Luiz Gonzaga,

¹⁶ Aidamos - nome que se dá aos líderes familiares indígenas Warao.

“trazendo a coragem e a cara”¹⁷. Além desses personalíssimos instrumentos de sobrevivência traziam um pouco da cultura Warao na confecção dos artesanatos que serviam de moeda de troca. “Mais adiante, resumindo a pesquisa de campo o citado autor afirma que “essa foi a rota de quase todos os Warao” (SANTOS, 2019, p. 70).

6 PRESENÇA WARAO EM CAMPINA GRANDE/PB

A Rainha da Borborema, apelido da maior cidade do interior do nordeste brasileiro, está situada no compartimento da Borborema, sobre o Maciço da Borborema (daí o apelido). Politicamente no estado da Paraíba, distando 120 km da capital – João Pessoa, com população estimada em 411 milhões de pessoas (2020), PIB per capita R\$ 22.583,86 (2018), IDHM Índice de desenvolvimento humano municipal de 0,720 (2010), prefeito atual Bruno Cunha Lima Branco (IBGE, 2021).

Conhecida no século XX como referência na exportação de algodão servia de entreposto e suprimento das atividades de todo sertão do nordeste. Na origem econômica está a estalagem de tropeiros no século XIX e XX. Em artigo sobre a função econômica e social da atividade de tropeiro como impulsionador do desenvolvimento do Brasil pós-colonial, Alгатão (2010)¹⁸, *mutatis mutandis*, define muito bem o surgimento Campina Grande como polo algodoeiro do nordeste Brasileiro:

O Tropeiro, apesar de enquadrado como um tipo humano do século XIX, sujeito às relações de dominação social, ao quebrar essa lógica difundindo a cultura brasileira e agindo autonomamente, mesmo num período em que praticamente todos os negócios de alguma forma eram “regulados”, prestou-nos um grande favor: grande parte do desenvolvimento do interior só foi possível graças a esse ousado empreendimento mercantil, que constituiu cidades, atraiu povos e gentes, consolidando a expansão demográfica e espacial do Brasil. (PETRÔNIO..., 2017, *online*).

Além do pioneirismo nas atividades coureiras no século passado, a vocação de acolhedora aos imigrantes de outras plagas é responsável pelo destaque de Campina Grande no estado da Paraíba e, como referido na obra acima, deve parte de seu progresso a famílias imigrantes: “Em 1871, chegam a Campina Grande os

¹⁷ Musica Pau-de-Arara composta por Gonzaga e Guio (1952), interpretada originalmente por Luiz Gonzaga que fala do modo de migrar em virtude da pobreza regional.

¹⁸ Trata-se de referência importante no sentido de situar, sob o prisma econômico a origem da cidade onde encontra-se o objeto de estudo desse trabalho de pesquisa.

primeiros imigrantes: árabes, ingleses, italianos, americanos, turcos, alemães, franceses, indianos e principalmente os dinamarqueses” (PETRÔNIO, 2017, *online*).

Esse passado histórico aqui referenciado, quiçá é uma das razões para esse novo fenômeno migratório. É comum em nossa sociedade paraibana, a figuração em algumas famílias nomes que remontam às origens das primeiras levas de imigrantes para Campina Grande. A atração migratória, na época era a pujança como cidade exportadora de algodão – o ouro branco, o que justificava a vocação ao empreendedorismo. No reverso histórico, a atração migratória Warao foi a sobrevivência (ir para uma cidade grande aonde poderemos, ao menos, comer).

7 O DIREITO NATURAL NA ABORDAGEM DE KANT

O marco histórico teórico que utilizaremos é derivado da nossa interpretação do pensamento de Kant¹⁹ cujo embasamento possibilitou encontrar resposta para o objeto de estudo nessa pesquisa, a partir da lógica contida na experiência dos sujeitos dessa investigação. Na busca pelo amparo filosófico às leis positivadas que regulam a questão dos direitos humanos, especificamente na aplicação do arcabouço que trata o imigrante, o direito natural estabelece princípios que independem da legislação positiva, na qual podem ou não ser consagrados (NOUR, 2004)²⁰.

Na fundamentação de Nour (2004, p. 93) em seu artigo “o legado de Kant à filosofia do direito”, ela faz a distinção de fontes que trata o direito natural das fontes de que trata o direito positivado, citando o próprio Kant:

[...] enquanto o direito positivo é o que ‘existe efetivamente’, isto é, as leis de um certo lugar em uma certa época; quanto a sua fonte, o direito natural procede da razão, enquanto o direito positivo advém da vontade do legislador (KANT, 1797, p. 237); quanto à justiça, o direito natural busca responder à questão ‘o que é de direito’, ou seja, o que é justo e o que é injusto (*iustum et iniustum*), enquanto o direito positivo responde à mesma questão afirmando o prescrito pela lei; por fim, quanto à fundamentação, é no direito natural que devem ser buscados os princípios de todo direito positivo [...].

Segundo Kant (1794), no livro doutrina do direito (apud NOUR, 2004, p. 94):

O direito natural, sendo o fundamento do direito positivo, tem, portanto, prioridade – é o ‘cérebro’ de qualquer doutrina empírica do direito. Kant define

¹⁹ Basicamente na sua obra Fundamentação da Metafísica dos Costumes escrita em 1797.

²⁰ Trata-se de uma abordagem essencial para o trato do objeto de estudo, notadamente em relação ao conceito de justo e injusto, pela sua visão crítica em torno da referida temática.

então sua Doutrina do direito como ‘o conjunto das leis para as quais uma legislação exterior é possível, ou seja, as leis do direito natural às quais deveria corresponder todo direito positivo’ (o que frequentemente não é o caso).

A explicação categórica de como funciona as normas, dá um parâmetro para o funcionamento da sociedade, mas não universaliza o território nem a cultura. A essência do direito positivo se prende a “detalhes” de ordem ética parametrizada pela sociedade que ditou essa mesma ética. O que Kant (1797) põe em universalidade é direitos que qualquer indivíduo, em qualquer Estado, em qualquer parte desejaria para si, independente de normas positivadas por quaisquer razões. Quando normas são estabelecidas em razão moral, podem até ser obedecidas por coerção, mas são exóticas categoricamente falando.

8 DIREITOS HUMANOS E A LIVRE LOCOMOÇÃO

A decisão judicial proferida nos autos objeto de nosso estudo de caso, arbitrada em meados de 2020, foi além do trivial quando valorou os direitos supranacionais de locomoção. Esta axiologia dos direitos humanos e sua relação com a livre locomoção dos povos é aquela que pode ser extraída da tragédia grega de Sófocles (490 e 406, A.C.) – *Antígona*, na qual ocorre a demonstração filosófica da superioridade do direito natural sobre a todos outros direitos positivados ou não, em lei nacional (FONSECA, 2017).

Conta a história do direito que Antígona era irmã de Polinice que morreu lutando contra o rei Creonte. Por isso o rei decidiu que o corpo do rebelde não poderia ser sepultado como condenação perpétua pelos seus erros. Sobre a lei do rei Creonte existia um sistema legal não escrito que obrigava ao irmão dar sepultura ao corpo do irmão morto. E assim, Antígona morre por defender o direito natural (lei dos deuses) a deixar o irmão insepulto (lei dos homens – leis positivadas):

Nem eu suponha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis perenes não escritas dos deuses, visto que és mortal; pois elas não são de ontem e nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram; por isso, não pretendo, por temor às decisões de algum homem, expor-me à sentença divina; sei que vou morrer, por isso sei que vou morrer (FONSECA, 2017, *online*).

O referido autor, em análise da condição abrangente dos direitos ainda que não expressamente previstos no texto legal, concluiu que:

[...] a questão ganhou forma e fundo recentemente no direito brasileiro, por isso que foi reconhecido que não estão excluídos direitos e garantias não escritas nas nossas leis devendo ser reconhecidos se decorrentes do regime e dos princípios adotados pelo artigo 5º, da Constituição de 1988 (FONSECA, 2017, *online*)²¹

Essa recomendação constitucional é sobremaneira presente no § 2º do artigo 5º, *in verbis*: “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

9 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS

A aplicação prática das leis positivadas atreladas aos princípios naturais que as criou exige uma mediação moral hodierna e conterrânea. Esta mediação, quando judicial, poderá ser de conformidade com o direito natural, o que requer do julgador a ousadia de fundamentar a decisão nos mesmos princípios que embasou a lei infraconstitucional a ser aplicada ou; simplesmente ignorá-los em função da conveniência de cada julgamento. Essa conveniência é a cumplicidade da autoridade judiciária - o Juiz em algum caso posto, olvida a presumida universalidade na aplicação dos direitos humanos traduzidos em nossa Constituição como direitos e garantias individuais (KANT, 1797).

A Constituição Federal de 1988 não se limitou aos princípios norteadores do direito natural e em seu art. 5º, §§ 3º e 4º, direcionou a forma de tratar juridicamente direitos reconhecidos pela comunidade internacional, no ambiente jurídico pátrio:

Art. 5º [...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por

²¹ 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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (BRASIL, 1988).

A Ministra Carmen Lúcia do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido em 2012²² embasou na Convenção Interamericana – Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher — Convenção de Belém do Pará, a sua interpretação da legislação ordinária:

[...] Descabe interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do Diploma Maior e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter supralegal também aptas a nortear a interpretação da legislação ordinária. Não se pode olvidar, na atualidade, uma consciência constitucional sobre a diferença e sobre a especificação dos sujeitos de direito, o que traz legitimação às discriminações positivas voltadas a atender as peculiaridades de grupos menos favorecidos e a compensar desigualdades de fato, decorrentes da cristalização cultural do preconceito [...]. (BRASIL, 2016, p. 410)

Desta forma, a aplicação dos preceitos jurídicos da legislação brasileira, em consonância com os direitos humanos internacionais, é uma exigência do próprio interesse neles contidos, qual seja, a proteção aos grupos menos favorecidos e a compensação das desigualdades, conforme se depreende do teor da jurisprudência supracitada.

E, complementando com base nos ensinamentos de Kant (1797), infere-se que a lei moral é do costume de cada povo. Na aplicação exótica perde a pureza com a qual foi criada e, se aplicada no primeiro grau, penaliza inadequadamente e resulta em angústia para quem decide fundamentando superficialmente, olvidando os direitos e garantias individuais universalizados.

10 DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

O art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) dispõe que “as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados” (BRASIL, 1990a). Trata-se de observação importante ante a constatação de que, numa abordagem

²² STF, RHC 112.698, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 18-9-2012, 2ª T, DJE de 2-10-2012, vide referência BRASIL, 2016 ao final do trabalho.

inicial, já se percebe que o legislador pátrio pretendeu a aplicação destas medidas não apenas após a violação de um direito, mas desde a constatação da situação de risco:

A simples ameaça de violação de direitos já autoriza a intervenção dos órgãos que integram Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, inclusive a Justiça da Infância e da Juventude, que neste caso deve ocorrer tanto no plano individual quanto coletivo, ex vi do disposto no art. 148, inciso IV c/c arts. 208 e seguintes, também do ECA. O dispositivo relaciona as hipóteses em que se considera que uma criança ou adolescente se encontra na chamada 'situação de risco', ou seja, em condição de maior vulnerabilidade, demandando uma atenção especial por parte da 'rede de proteção' e dos órgãos de defesa dos direitos infantojuvenis (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2017, p. 163).

As medidas de proteção previstas do art. 101 do ECA, por sua vez, demonstram as possibilidades conferidas aos membros da rede de proteção da criança e do adolescente para solucionar as questões apresentadas, entre as quais se incluem o acolhimento institucional, que foi a determinação adotada no caso em estudo, *in verbis*:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)
V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
VII - acolhimento institucional; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)
VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
IX - colocação em família substituta. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) [...] (BRASIL, 1990a).

No caso em estudo, o Magistrado entendeu que pelas circunstâncias de vulnerabilidade, risco social e coabitação com o agressor, a medida pertinente para a proteção integral à adolescente seria o acolhimento institucional. O acolhimento institucional, que no dizer de Digiácomo e Digiácomo (2017) embora tenha sido bastante utilizado no passado, hodiernamente é considerado um atentado ao direito à convivência familiar. Nesse aparente conflito entre a proteção institucional e a garantia

ao direito à família, que possui status de proteção constitucional, entende o autor que o equilíbrio deve ser obtido através da minimalidade do período de permanência da criança ou adolescente na unidade.

Esse caráter provisório do acolhimento institucional pode e deve acompanhado da sua substituição por outras medidas de proteção, dentre as quais o retorno à família de origem ou o encaminhamento a família substituta, em tudo observada a possibilidade de cumulação de outras medidas, como a orientação, apoio e acompanhamento, matrícula em estabelecimento de ensino, inclusão em programas e serviços e tratamentos médicos disponíveis.

11 CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA – ASSEMBLEIA GERAL DA ONU

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 e entrou em vigor em 2 de setembro de 1990, sendo promulgada pelo ordenamento jurídico pátrio através do Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990 (BRASIL, 1990b).

Em seu preâmbulo, está contido o reconhecimento mundial de que em todos os países do mundo, existem crianças vivendo em condições excepcionalmente difíceis, e que essas crianças precisam de consideração especial, bem como a importância às tradições e aos valores culturais de cada povo para a sua proteção e desenvolvimento (BRASIL, 1990b).

Neste ponto, a Convenção representou um marco na cooperação internacional para a melhoria das condições de vida da criança em todos os países em desenvolvimento:

Artigo 2. Os Estados Partes devem respeitar os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança em sua jurisdição, sem nenhum tipo de discriminação, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiência física, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais (ONU, 1989).

No caso objeto de nosso estudo, a determinação de intervenção dos organismos internacionais de proteção aos refugiados e da Funai, demonstra a compreensão sobre estes fatores determinantes, quais sejam o respeito e a atenção

às suas características pessoais. Posteriormente, na esteira da evolução processual e com a constatação, por equipe técnica, de que o melhor interesse da adolescente seria o retorno à convivência com seu companheiro e integrantes de sua tribo indígena, foi decretado o retorno ao convívio familiar e o desligamento da unidade de internação.

Esta decisão, que decorreu de uma análise de múltiplos fatores, está em perfeita consonância com a deliberação da ONU, que indica a prevalência da família sobre todas as outras formas de proteção:

Artigo 5. Os Estados Partes devem respeitar as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, quando aplicável, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores legais ou de outras pessoas legalmente responsáveis pela criança, para proporcionar-lhe instrução e orientação adequadas, de acordo com sua capacidade em evolução, no exercício dos direitos que lhe cabem pela presente Convenção (ONU, 1989).

Tal conceito está revisitado também no art. 100 do ECA, pelo qual a aplicação de medidas de proteção deve prestigiar o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários e a prevalência da família (BRASIL, 1990a). Os indivíduos da etnia Warao, na condição de refugiados, constituídos de grupo familiar, foram acolhidos nesta cidade no Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos, em bairro da cidade de Campina Grande/PB, para onde a adolescente retornou após a decisão judicial sobredita, proferida numa outra etapa processual após a intervenção inicial do acolhimento.

12 ANÁLISE DO CASO

Considerando a circunstância de que os procedimentos afetos à infância e juventude tramitam em segredo de justiça, por questões éticas e processuais, a abordagem do caso não mencionará nomes, fatos ou detalhes que possam levar à identificação ou individualização de partes envolvidas, limitando-se a uma descrição superficial do caso, apenas para fins didáticos. Em procedimento policial foi lavrado Boletim de Ocorrência²³ no qual se consignava a violência.

²³ O **boletim de ocorrência**, em essência, é um documento público apto a registrar a denominada “notícia crime” (delitos).

E, diante da informação por parte da menor de que “estaria grávida” ficou consignado também, por presunção, o suposto crime do artigo 217 – A do Código Penal Brasileiro, atribuído ao companheiro da menor, então com idade inferior a 14 anos (BRASIL, 1940, incluído pela lei nº 12.015, de 2009). Por deliberação do Conselho Tutelar (art. 136, ECA), a menor foi encaminhada para acolhimento emergencial em instituição pública, após o que o fato foi levado ao conhecimento do Ministério Público (PARAÍBA, 2020b).

A Promotoria de Justiça da Criança e do Adolescente, em requerimento fundamentado no ECA, na lei nº 11.340/2006 e em razões humanitárias e de direito internacional, considerando o fato da situação envolver imigrantes em situação de refugiados, lei n.º 9.974/97 e do Decreto n.º 9.277/2018, com documentos provisórios emitidos pelo Comitê Nacional para Refugiados do Ministério da Justiça (NUMIG/DPF/SNM/PA) entendeu, diversamente do procedimento adotado, que não seria a hipótese de acolhimento institucional:

[...] trata-se de adolescente, de nacionalidade diversa (venezuelana), com dificuldade de compreensão do idioma e demais normativas do país, e que tem em sua tribo o referencial necessário ao seu saudável desenvolvimento. Logo, a medida de acolhimento, sob esse viés, também não se mostra salutar (PARAÍBA, 2020a).

A Promotoria finaliza pugnando em juízo pela intervenção da Rede de Proteção²⁴ Mas deixa consignada a necessidade de apuração do fato sob a ótica penal, em vista da notícia de agressão e suposta prática de crime do artigo 217-A do Código Penal. Esse caso concreto foi apreciado pelo Poder Judiciário na Comarca de Campina Grande/PB, pela Vara da Infância e Juventude que determinou o acolhimento institucional, a intervenção de diversas instituições de assistência social e proteção ao índio, bem como a intervenção do Ministério Público Federal, dada a condição de refugiados (PARAÍBA, 2020b).

Vale ressaltar, a título de menção honrosa, a intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública do Estado da Paraíba, através de suas Comissões de Direitos Humanos. Frise-se que o autor dessa pesquisa acompanhou o processo apenas até o despacho inicial. Após a idealização e confecção deste trabalho, o processo seguiu diversos trâmites legais e culminou com o desligamento

²⁴ Voluntariado organizado por ONGs para intercessão humanitária aos migrantes.

do acolhimento e o retorno da adolescente ao convívio de sua tribo.

13 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em busca de uma explicação para o problema inicial da nossa pesquisa, ou seja: o perfil de um novo pedinte esmolando nos semáforos em nossa capital, este autor teve conhecimento da judicialização de um caso envolvendo um casal Warao na cidade de Campina Grande/PB, através de processo de acolhimento pela Vara da Infância e da Juventude.

Imbuído da curiosidade científica que move as grandes descobertas, mas com as limitações próprias à condição de sigilo processual e peculiaridades do caso, inferimos que o problema de pedintes venezuelanos esmolando nos semáforos é a parte visível de um grande problema humanitário.

A intervenção da Infância e Juventude no caso da família Warao, demonstra que uma decisão justa não deve ser uma “ilha jurídica” contemplada pela sociedade brasileira por todos os lados. Usando a mesma metáfora, a justiça paraibana resgatou dois naufragos da contingência migratória venezuelana, elegendo a proteção integral ao menor como fundamento jurídico e meta humanitária.

De outra banda, relevante foi a conclusão de que a análise contida em um único processo ultrapassa a mera interpretação de normas e fatos, com reflexos antropológicos, sociais, econômicos e psicológicos, nos quais a formação do convencimento se consuma à luz da autopoiese jurídica, como na espécie da decisão referenciada, com abordagens do direito Interamericano, Código Criminal Venezuelano e jurisprudências do STJ e STF.

Anote-se também, a emergência de medidas necessárias à vida e proteção integral aos menores sob a tutela jurisdicional, através do sistema de proteção integral instrumentalizada pelo Estado Brasileiro e demais entes políticos administrativos, ao tempo que conclama nossa atenção à assistência global aos menores em geral.

A adoção de medidas de proteção emergenciais e outras determinações em uma singular análise consolida a formação de verdadeira rede de proteção ao redor da adolescente no âmago de suas características próprias da vulnerabilidade social: índia, refugiada estrangeira, órfã de mãe, analfabeta, pobre, grávida e vítima de violência doméstica.

Quando imaginamos quais outras possibilidades de deslinde deste caso, sob a ótica punitiva a partir da reprovação social dos múltiplos crimes nele contidos, entre os quais destacamos a xenofobia, etnocentrismo e punitivismo popular, exaltamos o valor cosmopolita e supranacional do direito à justiça e proteção. É como concluimos.

REFERÊNCIAS

ALGATÃO, Felipe Cordeiro de Souza. O tropeiro como propagador cultural e mola mestra da cultura cafeeira no século XIX. **Histórica – Revista Eletrônica do Arquivo Público do Estado de São Paulo**. n. 41, 2010. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao41/materia06/texto06.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para assuntos Jurídicos, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 abr., 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República Casa Civil: Subchefia para assuntos Jurídicos [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para assuntos Jurídicos, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 27 abr., 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para assuntos Jurídicos, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 27 abr., 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para assuntos Jurídicos, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 27 abr., 2021.

BRASIL. **Coletânea temática de jurisprudência: direito penal e processual penal**. 2. ed., atualizada até o DJE de 1º de fevereiro de 2016 e o Informativo STF 814. 978-85-61435-73-8. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2016. Disponível em:

<https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/violenciadomestica.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 7. ed., Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2017. Disponível em: <https://fempapr.org.br/site/wp-content/uploads/2017/07/Livro-ECA.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

FONSECA, Sérgio Roxo da. Antígona e o direito de Creonte. **Revista Migalhas**, 28 jul., 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/262791/antigona-e-o-direito-de-creonte>. Acesso em: 6 mar. 2021.

GONZAGA, Luiz; MORAES, Guio de. **Pau de arara**: Disco vinil 78 RPM, Gravadora RCA Victor, 1952. Disponível em: <http://www.luizluagonzaga.mus.br>. Acesso em: 11 mar. 2021.

IBGE. 2021. Campina Grande. **IBGE CIDADES**. [online] disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/pb/campina-grande.html>. Acesso em: 9 mar., 2021.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes (1797)**. [trad.] Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2006. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em: 2 mar. 2021.

MODENA, Maura Regina. **Conceitos e formas de violência**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2016. Ebook. Disponível em: https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-conceitos-formas_3.pdf. Acesso em: 07 mar. 2021.

MOREIRA, Elaine. Os Warao no Brasil em cenas: "o estrangeiro...". In: MOREIRA, Elaine; PALOMINO, Cristabell López; SILVA, Crithian Teófilo da. Fronteiras Internacionais e migração indígena na América do Sul: Estudos de caso e questões compartilhadas. **Périplos: Revista de Estudos sobre Migrações**: v. 2 n. 2 (2018). Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/obmigra_periplos/article/view/25457. Acesso em: 12 mar. 2021.

NOUR, Soraya. "O legado de Kant à filosofia do direito." **Prisma Jurídico**. n. 3, p.91-103. Universidade Nove de Julho São Paulo, Brasil. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93400306>. Acesso em: 8 mar. 2021.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança**. 1989. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php. Acesso em: 18 fev., 2021.

PARAÍBA. **Ministério Público do Estado da Paraíba**: Promotoria de Justiça da Criança e do Adolescente. 2020a. [PJe em segredo de Justiça].

PARAIBA. Poder Judiciário, Comarca de Campina Grande: Vara da infância e Juventude: **Acolhimento institucional**. Campina Grande PB, 2020b. [PJe em segredo de Justiça].

PETRÔNIO Colégio e Curso. **A história da urbanização da cidade de Campina Grande**, 9 out., 2017. Disponível em: <https://colegiopetronio.com.br/portal/2017/10/09/a-historia-da-urbanizacao-da-cidade-de-campina-grande/>. Acesso em: 9 mar. 2021.

SANTOS, José Raimundo Torres dos. **Diáspora dos índios Warao da Venezuela**. 2019, Dissertação. (Mestrado em Antropologia Social). Boa Vista: Universidade Federal de Roraima, 2019. Disponível em: <https://ufr.br/ppgants?id=82019>. Acesso em: 10 maio, 2021.

STRAUSS, Levi-. **O pensamento selvagem** - La pensée sauvage. [trad.] Tânia Pellegrini. Campinas: Papirus, 1989, 1908. 89-1833.

O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR FRENTE À REALIDADE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

THE PRINCIPLE OF CONSUMER VULNERABILITY IN FRONT OF THE REALITY OF TELECOMMUNICATIONS SERVICES CONSUMER RELATIONS

RENAN TEIXEIRA FREIRE*

RICARDO SÉRVULO FONSÊCA DA COSTA**

RESUMO

Tendo por objetivo analisar a existência ou não da preservação da vulnerabilidade do consumidor na realidade atual das relações de consumo e dos contratos de adesão de serviços de telecomunicações, em consonância com a legislação consumerista, este estudo elaborado segundo as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, tendo a análise e interpretação dos dados seguindo à lógica do método dedutivo com abordagem qualitativa e quantitativa, tratou do seguinte problema de investigação: considerando a importância do princípio da vulnerabilidade, resguardado e exposto Código de Defesa do Consumidor (CDC), é possível se falar em preservação da vulnerabilidade frente aos contratos de adesão e as práticas abusivas das empresas fornecedoras de telecomunicações? A hipótese que norteou essa pesquisa se relaciona com o art. 4º, inciso I, do CDC, além da Constituição de 1988 e entendimentos jurisprudenciais sobre o tema. Os dados estatísticos colhidos através de estatísticas disponibilizadas pelo Sistema Nacional de Informação do Consumidor (SINDEC) revelam que há a configuração de práticas abusivas por parte das reclamadas que ensejam todos esses esclarecimentos ou reclamações acerca de tais práticas, tornando o consumidor vulnerável perante os contratos de adesão de serviços de telecomunicação.

PALAVRAS-CHAVE: Vulnerabilidade do Consumidor. Relações de Consumo. Contratos de Adesão. Serviços de Telecomunicações.

ABSTRACT

With the objective of analyzing the existence or not of preserving consumer vulnerability in the current reality of consumer relations and telecommunications service subscription contracts, in line with consumer legislation, this study was carried out according to bibliographic and documentary research techniques, having the analysis and interpretation of the data following the logic of the deductive method with a qualitative and quantitative approach, he addressed the following research problem: considering the importance of the principle of vulnerability, protected and exposed the

* Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2020.2. E-mail: renan.tfreire@gmail.com.

** Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales pela Universidad Del Museo Social Argentino. Especialista em Direito Processual Civil pela UNP. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (1993). Atualmente é Procurador Geral do Município de Itabaiana-PB. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político - ABRADep. Membro da Academia Paraibana de Letras Jurídicas - APLJ. Professor universitário na FESP - Faculdades de Ensino Superior da Paraíba. Advogado - Ordem dos Advogados do Brasil. Jornalista e apresentador de TV, em programa jornalístico jurídico. Tem experiência na área de Direito. E-mail: ricardovieiracorretor@hotmail.com

Consumer Protection Code (CDC), it is possible to speak in preserving vulnerability in the face of adhesion contracts and abusive practices by companies providing telecommunications? The hypothesis that guided this research is related to art. 4, item I, of the CDC, in addition to the 1988 Constitution and jurisprudential understandings on the subject. The statistical data collected through statistics made available by the National Consumer Information System (SINDEC) reveal that there is a configuration of abusive practices by the defendants that give rise to all these clarifications or complaints about such practices, making the consumer vulnerable to the contracts of adhesion of telecommunication services.

KEYWORDS: Consumer Vulnerability. Consumer Relations. Adhesion Contracts. Telecommunication Services.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A perspectiva desse estudo parte do princípio da vulnerabilidade do consumidor. E com base neste, visa analisar se as empresas de telecomunicações, quais sejam aquelas que ofertam serviços de TV por assinatura, internet, linha fixa, linha móvel e outros, agem em consonância com este na relação de consumo e nos contratos em massa.

Atualmente, evidencia-se que em face dos contratos em massa, vigoram os pensamentos de que muitos dos consumidores que os adquirem não possuem informação necessária acerca dos seus direitos e nem os utilizam de forma positiva frente ao seu poder de negociação. A realidade fática das relações de consumo faz-nos perceber que o ultrapassar do número de reclamações, daquele que seria relativamente tolerável colocam o consumidor em condições de vulnerabilidade que resultam nas práticas abusivas.

Assim sendo, a falta de um verdadeiro cumprimento das normas elencadas no CDC por parte das empresas fornecedoras, ou seja, principalmente no que tange às práticas abusivas vedadas por este, resulta na descaracterização da vulnerabilidade do consumidor frente aos contratos de adesão e na relação de consumo como um todo.

Dessa forma, o problema de pesquisa busca esclarecer o seguinte questionamento: considerando a importância do princípio da vulnerabilidade, resguardado e exposto no art. 4º, inciso I, do CDC, é possível se falar em preservação da vulnerabilidade frente aos contratos de adesão e as práticas abusivas das empresas fornecedoras de telecomunicações?

A hipótese que norteou essa pesquisa se relaciona com o art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, a Constituição Federal de 1988 e entendimentos jurisprudenciais. É de suma importância que tais legislações e entendimentos sejam observados para que se enfrente o problema de descaracterização da vulnerabilidade e suas consequências para o consumidor.

O objetivo geral deste trabalho de conclusão de curso consiste em analisar a existência ou não da preservação da vulnerabilidade do consumidor na realidade atual das relações de consumo e dos contratos de adesão de serviços de telecomunicações (telefonia fixa ou móvel, internet banda larga, TV por assinatura) em consonância com a legislação consumerista.

O estudo foi realizado sob a forma metodológica, indicada para as pesquisas bibliográfica e documental, tendo sido necessário realizar um levantamento preliminar da literatura atinente ao tema, bem como da legislação correlacionada ao mesmo, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal de 1988, no aspecto referente à pesquisa bibliográfica.

Os dados da pesquisa documental foram colhidos através de estatísticas disponibilizadas pelo Sistema Nacional de Informação do Consumidor (SINDEC), que atua juntamente com os PROCONS do Brasil e da Paraíba, através do seu Boletim Anual, que, por sua vez, trata da realidade fática das reclamações e denúncias abertas, ou ainda dos esclarecimentos solicitados, por parte dos consumidores de serviços de telecomunicação.

A análise e interpretação dos dados seguiu a lógica do método dedutivo de análise com abordagem qualitativa e quantitativa, tendo por base a forma como a doutrina aborda a temática, destacando a legislação em que fundamentam seu posicionamento. E, ainda trazendo como exemplo julgados para melhor situar a questão jurídica pertinente ao tema.

Na sua construção argumentativa, inicialmente, foram observados os princípios elencados no Código de Defesa do Consumidor (CDC) - Lei 8078/90, dando ênfase ao princípio da vulnerabilidade, e a possibilidade do consumidor se valer destes para garantir a proteção dos seus direitos perante os contratos de adesão de serviços de telecomunicação.

Em seguida, adentrou-se no ramo do direito do consumidor com a finalidade de averiguar se o legislador e o judiciário buscaram agir de modo que, de fato, a vulnerabilidade do consumidor fosse resguardada nessas situações e, a partir disso,

tomou-se como base empírica da pesquisa com a realidade das reclamações e denúncias a empresas de telecomunicações, apresentadas por dados coletados pelo Boletim SINDEC²⁵ (Sistema Nacional de Informação do Consumidor), visando corroborar com as discussões propostas por este estudo.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DO CONSUMIDOR E O SURGIMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No Brasil, o tema da defesa do consumidor surge em meados dos anos de 1970, quando surgem as associações civis e entidades governamentais para tratarem da problemática. Em 1974 é criado o Conselho de Defesa do Consumidor (CODECON), em 1976 criam a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC), a Associação de Proteção ao Consumidor, bem como, por meio do Decreto nº 7.890, criou-se o Sistema Estadual de Proteção ao consumidor, atual PROCON (CAVALIERE FILHO, 2019).

Assim, percebe-se que o consumidor se encontrava em total desigualdade frente ao fornecedor, tornando-se vulnerável técnica, fática e juridicamente falando. A defesa do consumidor foi consolidada no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A Constituição, com sua força normativa e seu caráter social, preocupando-se com os mais vulneráveis, e a constitucionalização do direito do consumidor, traz uma força imperativa, no sentido de ser do Estado a responsabilidade de promover a defesa da parte mais fraca da relação.

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:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, **a defesa do consumidor** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

A defesa do consumidor também está prevista no artigo 170 da Constituição de 1988:

Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

²⁵ O Boletim SINDEC 2018 é a publicação da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) que apresenta uma breve análise sobre as demandas de consumo levadas aos Procons integrados ao Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor e foi utilizado como fonte de dados da pesquisa que ora se apresenta.

[...]

V - **defesa do consumidor** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Foi desse preceito previsto na Constituição que nasceu o CDC em 1990, porém deve-se destacar sua intempestividade, já que o texto legal previu que o CDC fosse elaborado em 120 dias, e o mesmo só veio a existir no mundo jurídico quase dois anos depois. Devido à origem constitucional do CDC, em seu artigo 1º afirma que “estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social”, ou seja, de aplicação necessária e observância obrigatória, pois as normas de ordem pública são aquelas que positivam os valores básicos da sociedade.

Sendo assim, a partir do momento em que a relação de consumo é protegida pelo CDC, os danos que dela podem ocorrer geram responsabilidade na esfera civil (CAVALIERE FILHO, 2019). O Código foi criado com o intuito de abranger e solucionar os litígios que ocorrem entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços, sob a égide da vulnerabilidade do primeiro, pois o consumidor é considerado vulnerável frente à capacidade técnica do fornecedor. Esta vulnerabilidade é que faz com que o legislador se preocupe em protegê-lo.

3 PRINCÍPIOS QUE REGEM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Evidencia-se uma série de princípios previstos na Constituição Federal, bem como na legislação complementar e ordinária, da qual o CDC faz parte. A fim de estabelecer o equilíbrio e a justiça contratual, no que se refere ao CDC, este consagrou princípios aplicáveis a todos os contratos de consumo fundados na valorização da pessoa humana.

Podem-se dividir os princípios que regem o CDC em: princípios gerais, princípios específicos e princípios complementares. Portanto, podemos compreender uma ampla e variada gama de princípios que permeiam o corpo do CDC, uma legislação avançada e que contém normas que deveriam ser de conhecimento de toda a população (CAVALIERE FILHO, 2019).

A doutrina elenca os princípios básicos da lei consumerista, a saber: o princípio da boa-fé (comportamento de acordo com os padrões de ética exigíveis nas relações de consumo); da transparência (direito do consumidor de obter informações claras e verdadeiras em qualquer situação); da confiança (credibilidade no produto ou vínculo contratual); da vulnerabilidade (reconhecimento do consumidor como a parte

mais fraca da relação); da equidade (equilíbrio e justiça contratual); da segurança (responsabilidade civil das relações de consumo).

3.1 O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

Diante da proposta de análise deste estudo, nos atentaremos ao princípio da vulnerabilidade do consumidor. O princípio da vulnerabilidade encontra-se consubstanciado art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor e reconhece o consumidor como sendo a parte mais vulnerável no mercado de consumo. Tal princípio é importante, pois ao se constatar que a relação de consumo é extremamente desigual, faz-se indispensável à busca de instrumentos jurídicos capazes de tentar reequilibrar a relação de forma a torná-la mais justa.

Dessa maneira, Cavalieri Filho (2019, p. 8) afirma que, “[...] a finalidade do Direito do Consumidor é justamente eliminar essa injusta desigualdade entre o fornecedor e o consumidor, restabelecendo o equilíbrio entre as partes nas relações de consumo”. Colocando o consumidor em uma relação de segurança e igualdade na relação de consumo.

A Organização das Nações Unidas (ONU) tratou do tema da vulnerabilidade do consumidor, quando na Resolução nº 29/248, de 10 de abril de 1985, reconhece que os consumidores estão em desequilíbrios por meio de termos econômicos e educacional. A partir dessa Resolução outras iniciativas voltadas para a defesa do consumidor foram sendo criadas.

Apesar deste pronunciamento da ONU, o tema foi tratado no Brasil tardiamente pela primeira vez a nível constitucional, no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, o inciso XXXII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e foi assegurado, que o Estado coloca-se na defesa do consumidor por tratar-se de dever seu bem como direito do cidadão (BRASIL, 1988).

Apesar de o direito ser o mesmo para todos, nem sempre é possível exercê-lo de forma semelhante e em condições de igualdade. São necessárias para isso que sejam criadas tais condições de igualdade de forma atender aqueles que se encontra em situação de inferioridade. A vulnerabilidade do consumidor, quando se trata de pessoa física, é absoluta, ou seja, fica presumida a sua posição inferior em relação ao fornecedor, não sendo necessária qualquer demonstração ou comprovação de desequilíbrio nas relações estabelecidas entre uma parte e outra.

Art. 4º - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo [...] (CDC, 1990, p. 1,2).

Entretanto, quando se tratar de consumidor que é pessoa jurídica ou profissional, é necessário que tal desequilíbrio na relação seja comprovado para que as regras presentes no CDC possam atingir tais pessoas nas suas relações de consumo. Uma diferença importante para se abordar é aquela entre os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência, que podem se confundir.

Apesar de ambos estarem intimamente ligados a fraqueza do consumidor, eles não são sinônimos. A vulnerabilidade é fenômeno de direito material e possui presunção absoluta, enquanto a hipossuficiência é fenômeno de direito processual e possui presunção relativa (NUNES, 2019). Com isso, no plano do direito material, todas as pessoas físicas são consideradas vulneráveis, porém, no plano do direito processual, nem todas as pessoas são consideradas hipossuficientes, fazendo com que a fragilidade tenha que ser demonstrada no caso concreto.

[...] técnica (decorre do fato de não possuir o consumidor conhecimentos específicos sobre o processo produtivo), jurídica (ou científica resulta da falta de informação do consumidor a respeito dos seus direitos, inclusive no que respeita a quem recorrer ou reclamar) fática ou socioeconômica (decorrendo da discrepância entre a maior capacidade econômica e social dos agentes econômicos e a condição de hipossuficiente dos consumidores) Cavaliere Filho (2019, p.48).

É o que ocorre no ônus da prova, onde o consumidor deve mostrar a sua incapacidade e desvantagem em relação ao fornecedor. A inversão do ônus da prova está presente no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor e no processo civil serve como uma forma de facilitar a defesa do consumidor, podendo ocorrer a critério do juiz, ou quando se verificar verossímil a alegação do consumidor ou este for hipossuficiente (RAMOS, 2015; GODINHO, 2015).

4 O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE FRENTE À RELAÇÃO DE CONSUMO PARA COM AS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES

As transformações advindas do processo produtivo desde a Revolução

Industrial (segunda metade do século XVIII) e, principalmente, com a Revolução Tecnológica fenômeno decorrente do grande desenvolvimento técnico alcançado no pós 2.^a Guerra Mundial ocasionaram uma profunda alteração nas relações de consumo.

Dada a crescente necessidade de interação digital, ou seja, as transformações sociais ligadas ao avanço das tecnologias e do setor telecomunicativo, tem-se, conseqüentemente, uma procura cada vez maior de adesão aos serviços de telecomunicações, como aponta a provedora de infraestrutura para as operadoras de telefonia celular (HIGHLINE, 2019).

Atualmente, o Brasil representa a 5^a maior rede de telecomunicação do mundo, como aponta a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL, 2019). Frente ao número massivo de transações de consumo que são realizadas corriqueiramente pelas empresas de telecomunicações faz-se necessária uma preocupação quanto à proteção das partes envolvidas, principalmente os consumidores, considerados parte vulnerável de acordo com o art. 4º, I do CDC, reconhecida pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXII (BRASIL, 1990).

4.1 SUJEITOS E ELEMENTO OBJETIVOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A *priori*, cumpre salientar que a relação jurídica de consumo, segundo Almeida (2019, p. 62) poderá ser definida como “aquela relação firmada entre consumidor e fornecedor, a qual possui como objeto a aquisição de um produto ou a contratação de um serviço”. Seguindo essa perspectiva, o CDC buscou definir quem são os sujeitos da relação de consumo, considerado pela doutrina como sendo os elementos subjetivos da relação jurídica de consumo, conforme segue:

Art. 2º **Consumidor** é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a **consumidor** a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º **Fornecedor** é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Definiu ainda os objetos dessa relação, caracterizados como os elementos objetivos da referida relação, os produtos e os serviços:

Art. 3º [...]

§ 1º **Produto** é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial;

§ 2º **Serviço** é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Diante dessa relação faz-se mister destacar a definição de serviços de telecomunicação, uma vez que essa seara, de forma específica, é objeto de estudo do presente artigo. Dessa forma, fazendo uma fusão do conceito de serviço dado pelo CDC, e o conceito de serviços de telecomunicações dado pela Lei Geral de Telecomunicações, podemos conceituá-los como sendo os serviços que possibilitam a comunicação à distância, sendo essa atividade fornecida no mercado de consumo.

Para tanto, formam-se pelo fornecimento de internet banda larga ou dados móveis, telefonia móvel e fixa, e TV por assinatura (BRASIL, 1990; 1998). A adesão dos serviços de telecomunicações se dá, em suma, através dos chamados contratos de adesão, que, por sua vez, tratam-se, numa linguagem facilitada, de “contratos prontos, com partes que, unilateralmente, ofertam o serviço de modo pré-estabelecido nesse contrato, e, do outro, aceitam o serviço, sem modificar o que já foi pré-estabelecido por outrem” (ALMEIDA, 2019, p. 723).

Diferentemente do esperado, nem sempre há o cumprimento do pactuado, e, conseqüentemente, do cumprimento da oferta. Para tanto, nesse segundo caso, o CDC foi claro ao estabelecer três opções de escolha ao consumidor, caso o fornecedor se negue a cumpri-la. Dessa maneira, o consumidor poderá de livre vontade e o que lhe agrada escolher entre o cumprimento do anunciado, a troca por outro produto e ainda reincidir o contrato.

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - **exigir o cumprimento forçado da obrigação**, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - **aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente**;

III - **rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos** (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Um dos aspectos relevante em relação ao contrato de adesão diz respeito ao exercício, pelo consumidor, do direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC. Define a norma, que

[...] o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, **sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial**, especialmente por telefone ou a domicílio (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Evidencia-se, neste sentido, que a incidência nos contratos de consumo celebrados pelas empresas de telecomunicações, nessas situações, sejam uma das principais justificativas para que seja assegurado o arrependimento para a contratação fora do estabelecimento comercial, a saber, a falta de contato prévio entre o consumidor e o produto ou serviço ofertado, acentuando sua vulnerabilidade na relação jurídica com o fornecedor.

4.2 A REALIDADE EMPIRICAMENTE REVELADA NOS DADOS DO SINDEC

Em face do crescimento em massa da adesão aos serviços de telecomunicação, a vulnerabilidade do consumidor tornou-se ainda maior. Apesar das tentativas das empresas fornecedoras em prestar um serviço de boa qualidade, os números de reclamações junto aos PROCONS, através dos dados fornecidos pelo SINDEC, são relativamente significativos.

Embora tenha ocorrido uma queda de 0,6% em relação ao ano de 2017, em 2018 foram realizados 2.274.191 (dois milhões duzentos e setenta e quatro mil e cento e noventa e um) atendimentos pelos PROCONS integrados ao SINDEC. Dentre os assuntos mais demandados em 2019, os serviços de telefonia celular, telefonia fixa, TV por assinatura, e internet, integram, respectivamente, as posições de 1º, 2º, 8º e 15º lugar no *ranking* da procura pelo órgão de defesa do consumidor em abrangência nacional, como aponta o SINDEC (BRASIL, 2020).

Pelos dados apresentados, não há como desconsiderar a relevância da situação fática das relações de consumo com as empresas de telecomunicações. Isso pode ser explicitado através dos números informados pelo SINDEC, quais sejam: no ano de 2018, foram realizadas 1.559.189 reclamações ou denúncias e 637.098

consultas juntamente aos Procons²⁶ integrados a esse sistema, e, destes, os assuntos mais demandados foram, em 1º lugar, referentes aos serviços de telefonia celular (291.363); em 2º lugar, referentes aos serviços de telefonia fixa (168.637).

GRÁFICO 1- *Ranking* de reclamações ou denúncias juntamente aos Procons



Fonte: BRASIL, 2020.

Em 8º lugar, referentes à TV por assinatura (76.828); e, por fim, em 15º lugar, referentes à internet - serviços e produtos - (32.429); totalizando assim, 569.257 atendimentos somente referentes aos serviços de telecomunicações (BRASIL, 2020). Desta forma, através dos dados supracitados, percebe-se que há a configuração de práticas abusivas por parte das reclamadas que ensejam todos esses esclarecimentos ou reclamações, do contrário, caso não houvesse, ou houvesse de forma minoritária, esses dados não seriam, de certo modo, alarmantes.

Em 2019, o SINDEC registrou 2.598.575 atendimentos, do qual 72,48% referem-se a reclamações ou denúncias. Destas, 14,05% são referentes ao serviço de telefonia celular, 6,99% da telefonia fixa e 3,03% da TV por assinatura. Em 2020, o órgão contabilizou 1.883.603 atendimentos, onde 80,68% são reclamações ou denúncias. Cerca de 10% refere-se a reclamações dos serviços de telefonia celular e 5,05% de telefonia fixa (BRASIL, 2020).

Conforme dados divulgados pelo PROCON/PB (2020), em 2019 as reclamações fundamentadas registradas mostram que os serviços de telecomunicações ocupam o segundo lugar com 24,20% das reclamações ficando atrás apenas dos registros acerca de assuntos financeiros como mostra a tabela do percentual de atendimentos abaixo:

TABELA 1- Percentual dos atendimentos do PROCON/PB em 2019

Área	Nº de atendimentos	%
Assuntos Financeiros	9478	31,93%
Telecomunicações	7183	24,20%

²⁶ Programa de Proteção e Defesa do Consumidor.

Serviços Essenciais	6326	21,31%
Produtos	3449	11,62%
Serviços Privados	2572	8,66%
Saúde	403	1,36%
Habitação	207	0,70%
Alimentos	65	0,22%

Fonte: PROCON/PB, 2020 (Elaboração própria)

Conforme a ANATEL, desde 2015 os registros se dividem em quatro tipos: denúncia, reclamação, sugestão e pedido de informação. As reclamações constituem a maior parte, cerca de 98% dos registros, e são divididas por serviços: Banda Larga Fixa, TV por Assinatura, Telefonia Fixa, Telefonia Celular Pré-paga, Telefonia Celular Pós-paga, etc. Em suma, o consumidor é a parte frágil contratual e economicamente, na relação com os fornecedores e os titulares dos bens de produção.

Importante esclarecer que a vulnerabilidade jurídica ocorre quando a parte lesada não possui o conhecimento sobre os direitos e deveres inerentes à relação de consumo estabelecida entre o consumidor e fornecedor, bem como a ausência de compreensão sobre as consequências jurídicas que podem vir a ocorrer partir dos contratos celebrados (ALMEIDA, 2019).

A vulnerabilidade do consumidor consiste na desigualdade deste com o fornecedor, como mencionado anteriormente. Essa desigualdade é decorre da falta de informação sobre qualidade, preço e outras determinações no que se refere ao produto, serviço ou ao contrato. Outro fator preponderante é a publicidade das empresas de telecomunicações, que vem carregada de *marketing* para chamar a atenção do público.

O advento e o aperfeiçoamento da publicidade comercial veiculada através das mídias digitais e revistas, impulsionam o consumo exacerbando as necessidades básicas humanas, tornando a atividade de adquirir produtos um indicador de posição social e econômica (NUNES JÚNIOR; SOUZA, 2016). A respeito disso Sodré (2016, p. 306) afirma

Com o advento do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a atividade passou a ser regida por uma série de princípios internos, destacando-se dois: todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país e todo anúncio deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar diferenças sociais.

Neste sentido, a vulnerabilidade fática ocorre quando se trata da criança (o artigo 37 do CDC proíbe toda publicidade enganosa e/ou abusiva, definindo esta como sendo uma publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança) ou idoso, pelo fato de não possuir o real discernimento ou percepção e/ou ainda não possuir alfabetização, para se constituir a compreensão plena da informação sobre a relação de consumo estabelecida, além do doente, em face da debilidade física para o ato (ALMEIDA, 2019).

Dessa forma, segundo o perfil por faixa etária dos atendimentos do PROCON/PB em 2019, mostra que dos 25.169 consumidores atendidos com a data de nascimento cadastrada no sistema têm entre 51 a 60 anos, 20,23% (N= 5.092), 61 a 70 anos com 16, 54% (N= 4.163) e com mais de 70, 9,38% (N= 2.361). Com relação ao perfil por sexo, cerca de 51,59% das reclamações são feitas por mulheres e 48,41% por homens (PROCON/PB, 2020).

4.3 AS RELAÇÕES DE CONSUMO RELATIVO AOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NA ATUAL CONJUNTURA DE EPIDEMIA

Em março de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou situação de pandemia de Covid-19 em nível mundial causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2). No Brasil, o Ministério da Saúde declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN). Neste sentido, são inegáveis os impactos nas relações de consumo durante a pandemia.

Devido os protocolos de segurança contra o Covid-19, medidas de restrição social foram tomadas afetando a forma como as pessoas se relacionavam e as relações de consumo. Não só os contratos de relação de consumo foram afetados diante do Covid-19, mas vários outros contratos previstos em legislação específica como: educacional, empresarial, prestação de serviço, entre outros. Um dos setores afetados pela pandemia é o serviço de telecomunicações.

Com as medidas de isolamento social, as pessoas passaram mais tempo em casa interagindo através das plataformas digitais e/ou serviços de telecomunicações e muitas empresas adotaram o chamado *Home Office*, migrando para um ambiente de trabalho mais flexível. Dessa maneira, nota-se uma mudança no comportamento

do consumidor dos serviços de telecomunicações, visto que, os mesmos passaram a utilizar mais o serviço para se conectar com familiares, amigos e com as empresas.

A partir desse “novo normal”, apesar da excepcionalidade conjuntural, a ANATEL divulgou os números mais recentes de reclamações voltadas ao setor de serviços de telecomunicações em agosto de 2020. Os serviços de telefonia fixa registraram 40.518 reclamações em agosto de 2020, enquanto no ano de 2019 foram registradas 47.898 reclamações.

Os serviços de TV por assinatura registraram 23.194 reclamações em 2020 e no ano anterior foram registradas 30.036 reclamações. Já o serviço de telefonia celular registrou em 2020 116.572 reclamações dos consumidores, enquanto em agosto de 2019 já haviam sido registradas cerca de 122.000 reclamações. Como se observa nos números abaixo as reclamações voltadas ao serviço de banda larga fixa aumentaram consideravelmente em relação ao ano de 2019.

TABELA 2- Número de reclamações referente aos serviços de telecomunicações registradas pela ANATEL em agosto de 2019 e 2020

	2019	2020
Banda larga fixa	45.558	64.689
Telefone fixo	47.898	40.518
Tv por assinatura	30.036	23.194
Telefonia celular	122.648	116.572

Fonte: ANATEL, 2019, 2020.

O aumento das reclamações referente ao serviço de banda larga fixa está relacionado com o crescimento do consumo durante o período de isolamento social. Aumentou o número de consumidores que estão em casa e que necessitam desse serviço para trabalhos *Home Office*, aulas *online*, entretenimento, entre outros. Conforme a ANATEL (2020) as reclamações mais frequentes com relação ao serviço de banda larga fixa está relacionado a lentidão ou velocidade reduzida de conexão, cobrança em desacordo com o contratado e a falta de conexão de dados.

Conforme a Resolução nº 614/2013 da ANATEL, o prestador do serviço de internet será responsável por todos os meios envolvidos no fornecimento do serviço

diante o consumidor. A ANATEL determina algumas normas quanto a possíveis falhas na prestação do serviço de internet, devendo ser observados os motivos para interrupção do serviço e as alterações nas condições dele. Deve a empresa fornecedora se responsabilizar, conforme orientações do regulamento.

Art. 44. A Prestadora deve tornar disponível ao Assinante, previamente à contratação, informações relativas a preços e condições de fruição do serviço, entre as quais os motivos que possam degradar a velocidade contratada.

Art. 46. Em caso de interrupção ou degradação da qualidade do serviço, a Prestadora deve descontar da assinatura o valor proporcional ao número de horas ou fração superior a trinta minutos.

§ 1º A necessidade de interrupção ou degradação do serviço por motivo de manutenção, ampliação da rede ou similares deve ser amplamente comunicada aos Assinantes que serão afetados, com antecedência mínima de uma semana, devendo ser concedido abatimento na assinatura à razão de um trinta avos por dia ou fração superior a quatro horas.

O consumidor não poderá ser obrigado a obter um produto que não atenda ao seu interesse como condição para aquisição daquele desejado, característica das vendas casadas. Destaca-se que o serviço de internet pode ser rescindido por parte do contratante a qualquer momento e sem ônus, com exceção para os contratos com prazo predeterminado pelos planos de fidelidade, permitidos por lei. Ou, por iniciativa da prestadora, desde que esta comprove o descumprimento do contrato por parte do consumidor.

O serviço de internet é realizado geralmente por contratação via telefone, desta feita, o dever de informar torna-se ainda mais imprescindível, principalmente no que se refere às cláusulas contratuais. Os contratos estabelecidos entre as partes, incluindo os de adesão, devem ser disponibilizados ao consumidor para prévia análise, devendo conter de forma clara algumas informações exigidas pela Resolução nº 614/2013 da ANATEL, a saber:

Art. 63.

I - velocidade máxima, tanto de download quanto de upload, disponível no endereço contratado, para os fluxos de comunicação originado e terminado no terminal do Assinante, respeitados os critérios estabelecidos em regulamentação específica;

II - valor da mensalidade e critérios de cobrança; e,

III - franquia de consumo, quando aplicável.

Apesar de a ANATEL regular esse tipo de serviço de telecomunicação, as normas regulamentadoras, têm se mostrado insuficientes para abster as empresas de permanecer cometendo erros como falta de informação contratual e práticas abusivas. Conforme citado anteriormente, o direito do consumidor à informação infere ao fornecedor o dever de prestar informação adequada e clara a respeito do serviço ofertado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a proposta de tratarmos neste breve estudo sobre o princípio da vulnerabilidade do consumidor frente à realidade das relações de consumo de serviços de telecomunicações, entendemos indispensável situar o reconhecimento do direito do consumidor, uma vez que toda sua construção passa pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado consumerista.

Ao longo dos anos, surgiram novos produtos e serviços e com isso a necessidade de consumo. Defende-se, assim, que o direito a informação do consumidor deve ser visto como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, com aprofundamento nos perigos diante dos constantes avanços tecnológicos, com potenciais danos consumeristas no que se refere às informações contratuais.

Neste sentido, a hipótese que norteou essa pesquisa se relaciona com o art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, a Constituição Federal de 1988 e entendimentos jurisprudenciais. Tais legislações e entendimentos são imprescindíveis para que se enfrente o problema da vulnerabilidade e suas consequências para o consumidor. Dessa maneira, devido a mutabilidade dos serviços e dos bens, as normas legais vigentes devem assegurar os direitos do consumidor.

Destaca-se que com a previsão constitucional do Direito do Consumidor e ainda com a criação do Código de Defesa do Consumidor, é possível perceber que o consumidor passar a ser protegido, mediante de diversos princípios e normas. Mas é inegável que há um longo caminho a percorrer na defesa dos direitos do consumidor, devido às inovações nos serviços e bens de consumo.

O objetivo geral consistiu em analisar a existência ou não da preservação da vulnerabilidade do consumidor na realidade atual das relações de consumo e dos contratos de adesão de serviços de telecomunicações, em consonância com a

legislação consumerista, o que ficou nítido a partir das reclamações registradas nos órgãos de defesa do consumidor.

Por fim, conclui-se que as informações contidas nos contratos das empresas de telecomunicações sejam claramente expostas ao consumidor, tendo esse, o direito a informação para que haja uma relação transparente evitando recursos jurídicos para resolução das reclamações consumeristas.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Direito do consumidor esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- ANATEL. **Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013**. [S.L.]. 2013. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/465-resolucao-614>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.
- ANATEL. **Painéis de dados da Anatel 2019**. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/paineis/consumidor>. Acesso em 20 de novembro de 2020.
- ANATEL. **Painéis de dados da Anatel 2020**. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/paineis/consumidor>. Acesso em 20 de novembro de 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.
- BRASIL. Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor. **SINDEC**. 2020. Disponível em <https://sindecnacional.mj.gov.br/report/Atendimentos>. Acesso em: 24 ago. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- GODINHO, Robson. **Negócios processuais sobre o ânus da prova no Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista Tribunais, 2015, p. 167.
- HIGHLINE. O setor de Telecomunicações. Disponível em: <https://highline.com.br/>. Acesso em 15 de novembro de 2020.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; SOUZA, Adriana Cerqueira. A discussão legal da publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: FONTENELLE, Lais (Org.) **Criança e Consumo: 10 anos de transformação**. São Paulo: Instituto Alana: 2016, p. 343-353.

PROCON/PB. Cadastro Estadual de Reclamação Fundamentada. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1GauByefnjkkSk_vVJpHnhlJp-_E3GOWu/view. Acesso em 12 de novembro de 2020.

RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 53-56.

SODRE, Marcelo Gomes. Duas Palavrinhas: uma ausente, outra presente. In: FONTENELLE, Lais (Org.) **Criança e Consumo: 10 anos de transformação**. São Paulo: Instituto Alana: 2016.

O MECANISMO DE RESERVAS DE COTAS DE CANDIDATURAS NO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO E SEUS EFEITOS SÓCIO-JURÍDICOS

THE APPLICATION QUOTA RESERVATION MECHANISM IN THE BRAZILIAN ELECTORAL SYSTEM AND ITS SOCIO-LEGAL EFFECTS

SUELY DE BARROS MIRANDA*
RICARDO SÉRVULO FONSECA DA COSTA**

RESUMO

Este estudo se remete ao mecanismo de reserva de cotas nas candidaturas do sistema eleitoral brasileiro, bem como os efeitos sócios jurídicos que as medidas inclusivas proporcionam àqueles que estão em situação de desigualdade no cenário político nacional. Elaborado seguindo a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, bem como do método dedutivo de análise, o referido estudo se caracteriza como exploratório de natureza descritiva. O problema da investigação consistiu em buscar entendimento sobre: quais são os efeitos sócios jurídicos e quais são os impactos trazidos com a implementação dos mecanismos de inclusão através de cotas no sistema eleitoral brasileiro? A hipótese é de que a implementação das referidas cotas como método inclusivo, sofre uma evolução lenta, porém significativa, na busca da igualdade de gênero no que tange a representação política, como consequência, abrindo novas perspectivas de uma minoria vulnerável até então sem voz e vez no plano organizacional.

PALAVRAS-CHAVE: Cotas Femininas. Sistema Eleitoral. Representatividade. Mecanismos de Inclusão.

ABSTRACT

This study refers to the quota reservation mechanism in the candidacies of the Brazilian electoral system, as well as the socio-legal effects that inclusive measures provide to those who are in an unequal situation in the national political scenario. Elaborated following the bibliographic and documentary research methodology, as well as the deductive method of analysis, the referred study is characterized as exploratory of a descriptive nature. The research problem consisted of seeking understanding about: what are the socio-legal effects and what are the impacts brought about by the implementation of inclusion mechanisms through quotas in the Brazilian electoral system? The hypothesis is that the implementation of these quotas as an inclusive method, undergoes a slow but significant evolution in the pursuit of gender equality in terms of political representation, as a consequence, opening up new perspectives for

* Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, semestre 2021.1. E-mail: suely_al@hotmail.com.

** Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales pela Universidad Del Museo Social Argentino. Especialista em Direito Processual Civil pela UNP. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (1993). Atualmente é Procurador Geral do Município de Itabaiana-PB. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político - ABRADep. Membro da Academia Paraibana de Letras Jurídicas - APLJ. Professor universitário na FESP - Faculdades de Ensino Superior da Paraíba. Advogado. Jornalista e apresentador de TV, em programa jornalístico jurídico. E-mail: ricardo.costa@fespfaculdades.edu.br

a vulnerable minority hitherto without a voice and organizational level.

KEYWORDS: Female Quotas. Electoral System. Representativeness. Inclusion Mechanisms.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo demonstrar a evolução e os efeitos que as modificações no sistema partidário brasileiro trouxeram no nosso ordenamento jurídico. Com a introdução do voto feminino através de manifestações e os significativos ganhos jurídicos através dos anos, até a atual promulgação da Lei de Cotas, a lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, ao qual estabelece números mínimos e requisitos para a representatividade feminina nas eleições.

A motivação da escolha da análise aqui desenvolvida tem o objetivo de demonstrar que, mesmo de maneira singela, as conquistas das minorias, trazem reflexos jurídicos importantes no nosso ordenamento jurídico. No mesmo sentido, o presente trabalho busca identificar quais são os mecanismos que o sistema eleitoral adota quando pretende equalizar e modernizar o sistema de representatividade democrática.

Logo, vê-se que a cada parágrafo transcrito sob a abordagem proposta, virá à tona a elucidação para os questionamentos elencados com o problema central: Como acontece a relação de cotas com o sistema eleitoral brasileiro. E, ainda, quais são as medidas que os mecanismos nacionais e internacionais encontram para equalizar a representatividade na esfera pública com relação a igualdade de gênero?

A hipótese é de que, apesar de termos um sistema que luta para encontrar uma estrutura favorável para a disparidade de gênero na representação legislativa, ainda estamos distantes de uma situação que seja satisfatória para a igualdade dos sexos, contudo, ainda tendo significativos ganhos sócios jurídicos em favor das mulheres. Elaborado seguindo a metodologia da pesquisa bibliográfica e documental, bem como do método dedutivo de análise, o referido estudo se caracteriza como exploratório de natureza descritiva e abordagem qualitativa.

O trabalho examinará com um olhar investigativo, situações referentes ao objeto de estudo. A pesquisa embasar-se-á na categoria de estudos exploratórios, que visam descobrir novas ideias e intuições, desenvolvendo, esclarecendo, definindo e até mesmo modificando conceitos comuns. Após a devida seleção do conteúdo de

interesse do trabalho, deve-se chegar à conclusão de quais são os impactos sócios jurídicos que luta feminina conquistou ao longo dos vários anos.

Além de demonstrar a visibilidade com relação à representação mínima da mulher na esfera política, o presente artigo dividido em duas seções, será importante para fornecer novos conceitos e premissas que afetarão as estratégias que atuam na busca da igualdade entre homens e mulheres. Ademais, se faz necessário abordar a temática com um olhar neutro, removendo qualquer conceito patriarcal e machista para que possamos alcançar o objetivo deste estudo.

2 TRAJETÓRIA FEMININA NA POLÍTICA BRASILEIRA

Como cidadão efetivo de uma sociedade, as mulheres como sujeitos dotados de direitos civis e políticos estavam adstritos somente a funções familiares e afazeres domésticos delimitados pela figura do “homem da casa”. Sempre a sua imagem social esteve diretamente vinculada a figura do patriarca ou de qualquer outro homem que assumisse a referência daquela mulher, como seu pai, filho, irmão ou até mesmo o seu marido. Percebe-se que as mulheres não possuíam voz e nem vez sequer dentro da sua própria família, sendo assim, excluídas de toda e qualquer decisão que estivesse relacionada à vida pública.

Conforme percebemos com o decorrer da história brasileira, o patriarcado por muito tempo foi considerado o modelo ideal de sociedade. Como o próprio nome indica, o patriarcado se caracteriza em ter o “pai” como figura central de uma família, sendo ele considerado o alicerce de tudo que envolvesse aquele núcleo. Na figura do patriarca, todas as decisões eram centralizadas, excluindo, assim, a participação da mulher dentro da própria família a subordinando em todas atividades.

Tudo isso, trouxe reflexo significativo e duradouro para o nosso sistema social e eleitoral atual, pois, na organização estrutural da sociedade, somente o homem que possuía privilégios decisórios. Para a mulher, assim sendo, por muito tempo só restaram os serviços domésticos, sendo elas muitas vezes até impedidas de ter acesso à outra forma de trabalho que complementasse a renda da sua família.

Vários foram os movimentos de conquista da mulher em sociedade. Contudo, principalmente no período colonial, os direitos políticos ficaram adstritos à figura dos homens, seguindo a estrutura da qual a sociedade já vinha organizada. A falta de

acesso a educação de qualidade para todos e a ineficaz distribuição das rendas contribuíram fortemente para a negação das mulheres aos seus direitos políticos.

Mais tarde, com a promulgação da nossa primeira Constituição Republicana, em 1891, algumas expectativas de que as mulheres teriam voz dentro do sistema de representatividade eleitoral surgiram, contudo, os legisladores não mostraram nenhum interesse no voto feminino, excluindo, desta maneira, a possibilidade do sufrágio para esse grupo. Além das mulheres, os analfabetos, mendigos e soldados também não possuíam voz na escolha dos seus representantes.

O primeiro movimento efetivo com relação ao sufrágio para as mulheres, veio através da inclusão desse direito na Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. Em 1927, foi incluso dentro do rol de direitos, a possibilidade de as mulheres votarem e serem votadas, tornando, assim, efetiva a sua participação na democracia, mesmo que no âmbito estadual. Percebe-se que nesse momento em diante, houve um significativo encurtamento na distância existente entre homens e as mulheres em relação a igualdade de direitos eleitorais.

Vários foram os movimentos ao longo dos anos que tinham como finalidade alcançar a equiparação eleitoral de homens e mulheres perante o diploma mais importante do sistema idealizado por Hans Kelsen. Assim, diante das várias manifestações, o presidente Getúlio Vargas, em 1932, promulga decreto tratando sobre a inclusão do voto feminino (BRASIL, 1932). Mais um grande passo para a igualdade de gênero foi alcançado neste momento em diante.

Somente dois anos mais tarde que o voto feminino alcançou o tão esperado *status* constitucional, sendo introduzido à Constituição de 1934, constituição esta, eivada de caráter liberal e progressista. Não somente o voto feminino que foi levado em consideração quanto a participação das mulheres em sociedade, mas outros importantes alicerces foram incorporados no sistema pátrio deste ponto em diante. Como exemplo, podemos citar as conquistas relacionadas a maternidade.

Vejam os que a Constituição à época trazia no bojo do seu Art. 121:

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

[...]

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego,

e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte (BRASIL, 1934).

Três anos mais tarde, em 1937, todo o sistema legislativo brasileiro sofre uma parada abrupta nos processos democráticos com a introdução do regime ditatorial (BRASIL, 1937). Com o golpe de Estado e a parada de todo o sistema legislativo nacional, os movimentos em prol das mulheres entraram em um longo período de recessão. Mesmo após reestabelecido o sistema democrático com a promulgação da Constituição de 1946, as movimentações em prol das mulheres ficaram inertes e sem visibilidade (BRASIL, 1946). Isso, porém, não significa dizer que as mulheres não tiveram papel importante na sociedade, somente os movimentos em busca da igualdade deixaram de ter força perante o legislativo nacional.

Na década de 80, os movimentos feministas passaram a se distinguir de acordo com temáticas principiológicas. Os movimentos passaram se subdividiram e se adaptaram a assuntos que tratavam sobre: a violência contra a mulher, desenvolvimento do feminismo dentro do setor acadêmico, saúde da mulher, dentre outros vários assuntos que eram de relevância dentro do contexto social da qual as mulheres estavam inseridas (VAZ, 2018).

Contudo, dentre todas as conquistas relacionadas aos movimentos feministas, podemos citar o ano de 1985, como ímpar na luta a favor dos direitos igualitários. No presente ano, foi criado o Conselho Nacional de Direitos da Mulher, órgão pertencente ao Executivo Federal que estava vinculado diretamente ao Ministério da Justiça. Apesar de as atribuições do conselho serem somente de consulta e não podendo os integrantes deliberar sobre questões que eram de cunho político, percebe-se um avanço importante para a voz feminina no cenário político. O referido conselho não durou muito tempo, sendo o mesmo extinto no ano de 1989, logo após a promulgação do novo texto Constitucional de 1988 (BRASIL, 2020).

Asseguradamente, o maior marco histórico dentro de toda a evolução feminista, foi a Constituição de 1988, ao qual assegurou ainda mais os direitos inerentes às mulheres dentro do cenário político brasileiro. A atual constituição cidadã, promulgada após o fim da Ditadura Militar, trouxe mecanismos no seu bojo que possibilitam a defesa dos direitos da mulher e traz, também, dispositivos que viabilizam as mulheres de alcançar o seu pleno exercício de cidadania, algo tão almejado dentro de toda a busca feminina ao longo dos anos.

Apesar de todos esses movimentos em prol da igualdade de gênero no âmbito eleitoral, nesse sentido, Vaz (2018) esclarece que a luta pelo sufrágio feminino não teve a extensão suficiente para conscientizar o grande contingente de mulheres e levar a uma reformulação nas relações de poderes entre os sexos. Por esse motivo a conquista do voto não afetou significativamente a condição da mulher trabalhadora. Como vemos nas constatações da autora, as ações afirmativas dos dirigentes políticos não foram suficientes para consolidar e quebrar os paradigmas existentes na sociedade, motivo pelo qual os resquícios do patriarcado são tão fortes até hoje.

Apesar de todos os esforços e conquistas alcançadas no decorrer da história, infelizmente, passamos por alguns retrocessos na democracia. Recentemente, o então Presidente Michel Temer, escolheu apenas homens para compor o seu corpo de ministros, não oportunizando nenhuma vaga para que mulheres pudessem representar a política nacional no Planalto. Vemos que no cenário político atual, ainda temos casos latentes em que a mulher não possui voz nem vez, e só conseguimos perceber a importância dessa opinião quando a mesma voz é silenciada.

3 AÇÕES POLÍTICAS AFIRMATIVAS NO ÂMBITO ELEITORAL

Podemos dizer que a participação política é um tema extremamente controverso dentro das reflexões produzidas pela filosofia política. Diversas matrizes derivam sobre esse tema e diversas teorias se moldam quanto a forma que a problemática participativa deve encarar o problema. Atualmente, o pensamento político mais contemporâneo vem adotando um tratamento conciliatório sobre o referido tema, alinhando ideias entre o sistema de participação direta e a representatividade.

Para que possamos, de fato, contextualizar a questão, faz-se necessário, em primeira mão, entender o que são ações públicas afirmativas, bem como trazer esse conceito para um dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico pátrio: o princípio da igualdade. Com base nisso, poderemos caracterizar, de maneira efetiva, a relação direta das políticas públicas e como ela sustenta a teoria das cotas representativas.

As ações afirmativas, nada mais são que medidas adotadas pelos agentes políticos que possuem a finalidade de combater, ou, pelo menos diminuir, o tanto quanto possível, o abismo existente entre algumas classes de indivíduos,

compensando a desigualdade presente entre eles. São ações que podem ter caráter voluntário ou compulsório, bem como, em alguns casos, se desenvolvem como ações corretivas ao agente transgressor.

Historicamente, as ações políticas surgem da necessidade de promover grupos até então inferiorizados da sociedade, normalmente descriminalizados e até marginalizados, com a mais pura finalidade de compensar as diferenças e perdas entre as classes, equalizando, sempre que possível, a igualdade entre as oportunidades e tratamento igualitário entre pessoas. Vejamos o que diz Gomes (2019, p. 40-41) em sua literatura:

Um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

A Constituição Federal de 1988 preconiza a igualdade de gênero como uma das bases fundamentais para assegurar uma vida digna, livre e igualitária a todos os cidadãos do nosso país. O primeiro inciso do Art. 5º da nossa Constituição Federal trata sobre igualdade entre homens e mulheres, ou seja, significa dizer que ambos os sexos são iguais perante a ótica constitucional (BRASIL, 1988). Assim sendo, todos devemos ter os mesmos direitos, as mesmas oportunidades e as mesmas obrigações.

A igualdade de gênero prevista no ordenamento jurídico pátrio é tão importante aos olhos do nosso constituinte, que foi inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais. Trata-se de um instituto indispensável à cidadania e à sociedade brasileira, consagrando-se, assim, como cláusula pétrea da nossa Constituição, não podendo ser retirado, nem através de emendas constitucionais. Vejamos o que preconiza o art. 5º, I, da CF 1988:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - **Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações**, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Essa igualdade trazida no *caput* do artigo deve ser interpretada como igualdade formal entre os indivíduos, isso significa dizer, que as garantias trazidas

deverão ser efetivamente aplicadas, indistintamente, entre homens e mulheres. Por outro lado, a igualdade material é aquela que abraça a ideia de que os indivíduos são diferentes em suas necessidades, e todas as suas particularidades devem ser levadas em consideração na busca de um equilíbrio social.

Um tipo de afirmação muito comum dentro do nosso sistema jurídico pátrio é o de sistema de cotas, ao qual reserva, através de Lei, um percentual fixo de vagas em determinada área a uma minoria anteriormente definida. Essa área ao qual nos referimos, podem ser dentro do campo educacional, profissional e político, geralmente de maneira proporcional ao número de vagas existente para aquela grandeza.

Atualmente, no âmbito jurídico ou sociológico nacional, o conceito de minoria não diz respeito a quantidade de indivíduos de uma determinada classe, mas sim, um conceito muito mais abrangente e subjetivo, ao qual qualifica àqueles que estão em situação de vulnerabilidade ou em situações díspares perante os demais. São indivíduos que se caracterizam por ocuparem uma posição de dominância perante a sociedade como um todo. Podemos dizer, assim, que as minorias se originam quando há uma relação de assimetria entre os integrantes de uma determinada sociedade.

As cotas de representatividade feminina que são estipuladas para o sistema legislativo nacional, em todos os entes federativos, é uma ação afirmativa que proporciona o empoderamento feminino, passando a mulher ter o domínio sobre as atividades representativas no âmbito eleitoral. Essa é uma espécie de ação afirmativa positiva que proporciona uma visibilidade do papel na mulher na democracia.

Cabe salientar, também, que as ações afirmativas são direcionadas exclusivamente para o setor público, mas que induz afirmações significativas para o âmbito privado. Da mesma maneira, as ações afirmativas não podem se direcionar a grupos sociais genéricos, devendo as mesmas sempre especificar quais são os objetivos, os motivos de estarem sendo criadas bem como para quem as mesmas ações se direcionam.

Nesse cenário, os partidos políticos se mostram resistentes em apoiar candidaturas de mulheres, como nomes fortes e plenamente capazes de desempenhar o papel público. Assim, podemos dizer que são eles os responsáveis por significativas dificuldades do acesso das mulheres quando as mesmas decidem se candidatar ao pleito eleitoral. Percebemos que, conforme já citado anteriormente, práticas patriarcais remanescentes do período colonial ainda são adotadas no cotidiano político.

3.1 DEMOCRACIA, REPRESENTAÇÃO E COTAS PARA MULHERES

Como vimos, as ações afirmativas são medidas adotadas pelos agentes políticos, com a finalidade de combater e compensar, na medida do possível, as desigualdades existentes. No entanto, quando nos deparamos com programas que possuem a finalidade de corrigir essa disparidade de gênero, vemos significativas resistências no campo da teoria e no campo da prática.

Primeiramente, precisamos delimitar qual é a relação existente entre a representação e a democracia. A representação surgiu diante do contexto do iluminismo, nos moldes da Revolução Francesa e Americana, com a finalidade de resolver os empasses nascidos com a criação e desenvolvimento das grandes sociedades. Dentre as principais barreiras existentes com a evolução em sociedade, estava a presença de imensos territórios que se desenvolviam, impedindo, assim, a participação direta de todos os cidadãos nas assembleias (ROUSSEAU, 2020).

Assim, nas palavras de Bobbio (1986, p. 42 *apud* TEIXEIRA, 2016, p. 23) temos “que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas, como são as modernas sociedades industriais, é algo materialmente impossível”. Assim, consistia na necessidade de se constituir um corpo representativo, que possuía, por prerrogativa, a capacidade de decidir as atividades do exercício do interesse público, nascendo o contrato social de Rousseau. Todo esse cenário político criou base para a estrutura representativa de poder.

Parece ser o modelo ideal de sistema, contudo, a representatividade sofre e começa a refletir diretamente nas necessidades individuais daqueles que representavam. Não tendo mais espaço para o interesse da coletividade, a necessidade social passou a ser o segundo plano diante do panorama público, causando, assim, uma imensa insatisfação com a vida pública. Vale esclarecer aqui, que a democracia possui como premissa básica a inclusão e a promoção da justiça de maneira igualitária.

Desse modo, o sufrágio universal não pode ser a ferramenta básica, ou até mesmo única, para a busca da democracia. A democracia precisa estar presente em todas as situações que pareçam ser insuficientes para defini-la, proporcionando a inclusão daqueles que, até então, sempre foram “esquecidos” pela sociedade. A inclusão feminina nesse cenário político-democrático através do voto torna a democracia equilibrada em relação ao gênero.

Neste momento em diante, as ações afirmativas surgem como instrumento para aproximar a distância existente entre a representatividade de gênero no sistema eleitoral. Contudo, há um grande problema quando se busca justificar do porque essa inserção através de cotas no sistema de representatividade, pois, de acordo com algumas das correntes filosóficas, a representatividade deve ser equânime, não devendo se preocupar com as desigualdades existentes, visto que a democracia não define gênero.

Seria uma espécie de representação por ideias, não sendo propriamente uma questão de características físicas do representante, como a cor ou o sexo do candidato. Assim sendo, não é o homem ou a mulher que estariam diante da capacidade representativa, mas sim as ideologias que cada um deles representa. Cada parlamentar que foi escolhido para ser representante do povo deverá atuar como representante da coletividade e não direcionado para aquele grupo que os elegeram.

Na prática, o sistema respondeu de maneira contrária, demonstrando que aqueles que foram escolhidos para representar, acabaram atuando com maior ênfase para aquela classe que o elegeu, que o escolheu como representante, ou seja, que compartilha das mesmas convicções e pensamentos. As coisas acabam se tornando ainda mais complexas com o passar do tempo, pois além daquele representante atuar com prevalência nos interesses de um determinado grupo, em sua grande maioria é os grupos que mais possuem recursos coletivos, dificultando ainda mais a representatividade justa e democrática.

Assim, diante de todas as constatações que vieram a tona, houve cada vez mais a necessidade de se ter uma política inclusiva. Há alguns autores do qual defendem que todos os desmembramentos sociais existentes, deveriam ser representados. Sim, este é um campo extremamente complexo de avançar. Dizemos, então, que o sistema é considerado injusto, pois, embora as mulheres componham um pouco mais de 50% da população brasileira, na atualidade, ainda é a minoria dentro do órgão Legislativo Nacional.

De acordo com os dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o aumento do número de vereadoras eleitas foi de 19,2%. Neste ano, 16,1% dos candidatos escolhidos pelo eleitorado foram mulheres. Já em 2016, o índice foi de 13,5 %.

[...]

A quantidade de candidaturas femininas para esse cargo também foi bem maior em 2020. Houve um aumento relativo de 7,1% no número de mulheres

que almejavam se tornar vereadoras em relação à última eleição. No processo eleitoral de 2016, elas representaram 32,5% do total e, agora, 34,8%.

[...]

Em relação ao número de candidaturas, o aumento relativo foi de 2,5% em relação a 2016. Naquela época, elas representaram 13,1% do total de candidaturas. Em 2020, por sua vez, elas corresponderam a 13,4%.

A escolha do eleitorado também refletiu na redução do número de municípios brasileiros que não elegeram nenhuma vereadora. A queda foi de aproximadamente 32%. Em 2020, 17% dos municípios brasileiros não elegeram mulheres para as Câmaras Municipais. Em 2016, esse índice foi de 23,3%. (BRASIL, 2020).

Como vemos, ainda existem poucas mulheres ao qual estão à frente da política pública. Mas, também conseguimos perceber, que aos poucos esse cenário vem se alterando, abrindo espaço para uma nova visão, uma nova perspectiva de interesses. Esse ambiente feminino é extremamente necessário dentre as deliberações públicas, pois, como ponto de partida, as mulheres carregam um pensamento singular sobre a política nacional, qual seja, a perspectiva feminina.

3.2 AS COTAS NO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO

No nosso sistema eleitoral, as cotas classificam-se de duas maneiras distintas, variando com o momento do processo eleitoral. O ciclo eleitoral se classifica em duas fases que se distinguem uma da outra: a primeira fase compreende a apresentação dos candidatos para a eleição e a segunda fase, compreende ao modo como os lugares dentro do congresso são distribuídos. As ações afirmativas das cotas femininas podem recair em qualquer uma das fases, estipulando número mínimo de mulheres para a candidatura, bem como a reserva de assentos no congresso.

No Brasil, o sistema de cotas representativas reserva para as mulheres um número determinado de vagas partidárias para as eleições de todo o país. Incidem, então, diretamente nas listas dos candidatos em um determinado partido, sendo o sistema aplicado na primeira fase do ciclo eleitoral, ou seja, na apresentação dos candidatos e não na efetiva colocação dos eleitos nas cadeiras do Congresso.

Com a necessidade de atender os requisitos da Ação Mundial da IV Conferência Mundial da Mulher, em Pequim, um dispositivo de cotas foi introduzido na Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, ao qual estabelecia quais seriam as normas para a realização das eleições legislativas no âmbito municipal (BRASIL,

1995). Essas recomendações trazidas pela conferência Mundial tinham por finalidade diminuir as significativas desigualdades de gênero no cenário político (ONU, 1995).

A referida Lei estipulava em seu bojo, que 20%, no mínimo, da lista do eleitorado de cada partido, deveria ser preenchida por candidatura de mulheres. O problema que surgiu com essas novas diretrizes, é que não houve a redução dos candidatos que normalmente se candidatavam, tendo, assim, um aumento de 20% além do normal de candidatos ao pleito legislativo (equivalente a 120%), e as mulheres, mais uma vez, ficavam em situação desigual perante os demais.

Como a Lei estipulava somente as regras para as candidaturas em nível municipal, mais tarde, foi promulgada nova Lei da qual tratava desta mesma temática de proporcionalidade, contudo, em nível estadual e federal. A nova lei amplia a cota que até então era estipulada em 20% mínimo de mulheres, para um montante de 30%, contudo, aumenta-se também, o montante de vagas para as candidaturas. Assim, de maneira prática, os partidos políticos poderiam lançar candidatos em sua campanha em um número equivalente a 150% do total de vagas da Câmara dos Deputados.

Vejamos o que diz a lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, no bojo do seu Art. 10:

Art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo:

I - nas unidades da Federação em que o número de lugares a preencher para a Câmara dos Deputados não exceder a doze, nas quais cada partido ou coligação poderá registrar candidatos a Deputado Federal e a Deputado Estadual ou Distrital no total de até 200% (duzentos por cento) das respectivas vagas;

II - nos Municípios de até cem mil eleitores, nos quais cada coligação poderá registrar candidatos no total de até 200% (duzentos por cento) do número de lugares a preencher.

[...]

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Podemos perceber que houve uma determinada preocupação do Legislador em promover o aumento da representatividade feminina perante o órgão legislativo. Tal medida tem por finalidade, viabilizar o aumento da participação política de forma democrática e igualitária, tentando, o quanto possível, descentralizar o poder estatal, que até então pertencia exclusivamente aos homens.

A preocupação por paridade, neste sentido, nos parece ser inconvincente, visto que, acreditar que as mulheres, até então sem representatividade alguma em qualquer uma das instâncias do poder, pudessem superar os homens no pleito legislativo, somente através das cotas estipuladas para a primeira fase do processo eleitoral. Notou-se que nos debates em plenário com relação à estipulação das cotas, não houveram muitos questionamentos que fossem contrários a estipulação das reservas, contudo, também houveram poucas manifestações a favor da criação deste instituto jurídico.

Anos mais tarde, à medida que foi adotada com relação ao aumento de 30% sobre as cotas femininas, foi objeto de diminuição através de emenda constitucional, contudo, a proposta foi rejeitada em plenário. Aqui também devemos salientar, que o mecanismo que institui cotas, não é dotado de obrigatoriedade de preenchimento da determinação, bem como, não traz nenhum tipo de sanção para o descumprimento do mínimo exigido aos partidos políticos, o que nos leva a questionar, de fato, o real interesse do legislador ao instituir o sistema de cotas.

Apesar de o sistema de representatividade resultar sempre de maneira aproximada, esse problema se potencializa muito mais quando na sociedade apenas uma das minorias existentes se faz representada. Nesse cenário, as ações afirmativas são o instrumento que favorecem a presença de várias correntes partidárias da qual cada uma delas se fundamentará em uma filosofia, em uma ideologia, podendo, nesse caso, ser a de gênero.

A representação, nesse caso, com a criação de vários partidos políticos, viabiliza a disseminação de candidaturas por parte da maioria não representada. Assim sendo, o resultado dessas representatividades será interpretado de maneira a contemplar os quantitativos da representação por cotas.

O Brasil, ao adotar o sistema de representação proporcional dos candidatos, atua de forma democrática, visto que, na medida do possível, garante a representação de diversas opiniões e vontades. Esse sistema mais moderno, possibilita que haja uma diversidade de opções para aquele que possui a capacidade eleitoral ativa. O que parece acontecer no sistema, é haver a presença de representantes da minoria e, em tese, trazer uma divisão mais próxima e, talvez, mais fidedigna na proporção dos partidos (MORAES, 2016).

Na atualidade, segundo dados do próprio Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em 2016, estima-se que de um total de 16.018.485 (dezesesseis milhões, dezoito mil,

quatrocentos e oitenta e cinco) de brasileiros filiados a algum partido político, 45% são mulheres (BRASIL, 2016). Isso reforça a ideia que, a representatividade política encontra barreiras no âmbito institucional, ao qual os partidos políticos se embasam em padrões de organização partidária com estereótipos e divisão de recursos irregulares entre homens e mulheres.

3.3 AÇÕES AFIRMATIVAS: REFERÊNCIAS INTERNACIONAIS

Conforme já foi mencionado, o debate sobre a necessidade de haver uma maior representação feminina dentro do cenário político, se desenvolveu, no plano internacional, com a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, na cidade de Pequim (ONU, 1995). No encontro, medidas especiais para uma maior participação feminina foram recomendadas aos integrantes. Dentre essas recomendações, encontra-se a implementação de cotas femininas, com o intuito de aumentar as chances das mulheres chegarem ao parlamento.

As cotas eleitorais, cada vez mais vem sendo usadas como ferramentas de inclusão em vários países de todo o mundo. Atualmente, na América Latina, um acordo internacional foi firmado com alguns países integrantes, com o objetivo de promover uma ferramenta que estimule o acesso justo das mulheres nas atividades partidárias. Em 2014, foi criado em parceria com a ONU, o projeto “Mecanismo para acelerar a participação política das mulheres na América Latina e Caribe – ATENEA.” (ONU, 2020)

De acordo com a ONU, projeto já foi implementado com sucesso, em alguns países Latinos, dos quais podemos citar Argentina, Chile, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Peru e Uruguai. Mais recentemente, o Brasil, Bolívia e Colômbia também introduziram o projeto em seus organismos sociais participativos. O projeto consiste na criação de pilares fundamentais para propiciar um cenário político justo e equalizado quanto a divisão de gênero. (ONU, 2020)

Os quatro pilares do ATENEA são: a informação, a análise, a comunicação e a ação. (ONU, 2020). Como podemos perceber, o projeto se embasa no diálogo com os atores políticos que possuam uma forte participação na área pública, trocando informações e experiências relevantes às interessadas na vida legislativa. Dessa maneira, temos uma transmissão de experiências válida entre os interessados na vida pública.

Apesar de todos os esforços, estima-se que, na atualidade, ainda não existe um equilíbrio na participação de gênero na política. Muito pelo contrário. Alguns países se demonstram extremamente díspares com relação a representatividade da mulher. Na América Latina, apenas alguns países se encontram em patamares admissíveis na visibilidade feminina no pleito eleitoral, qual seja, àqueles que possuem representatividade superior a 30%. Dentre eles, encontramos a Costa Rica, Argentina e Cuba.

De acordo com Lemos (2019) em publicação no Jornal da Universidade de São Paulo (USP), no ano de 2019, o Brasil possuía uma representatividade feminina muito baixa, estando em patamares de 12% na Câmara de Deputados e de 13% no Senado Federal. No cenário dos estados, nas Assembleias Legislativas, os números também não são animadores, não ultrapassando dos 15% o número de mulheres que assumiram cadeiras legislativas.

Existe uma tendência muito forte em associar o nível de desenvolvimento socioeconômico com a inclusão das mulheres no espaço público. Alguns países se desenvolveram muito mais nesse aspecto que outros na representação da esfera pública. Alguns autores indicam que as condições históricas da política, baseados somente no poder econômico, pouco interferem à cultura do local. Pode se dizer que é algo muito mais amplo e profundo que as diferenças entre países ricos e países pobres.

Acredita-se que tal fator esteja embasado muito mais na cultura que o país viveu, ou ainda vive na determinação do papel social de cada indivíduo, do que nós os fatores econômicos que ali estão presentes. É importante frisar, também, que mesmo o país tendo uma cultura pró-igualdade de gênero, as ações afirmativas adotadas, sempre foram imprescindíveis no sentido de incluir a figura feminina no sistema político.

Os países Nórdicos foram os primeiros na implementação de estratégias vinculadas a erradicação da desigualdade de gênero. A cultura local, sempre influenciou a adoção de políticas partidárias inclusivas, tornando as mulheres visíveis no panorama local. Os índices que os países da Europa setentrional preservam atualmente, levaram décadas para serem conquistados. Assim sendo, o fator tempo é imprescindível no alcance das políticas inclusivas positivas.

Todo o esforço de países que superaram a resistência daqueles que sempre dominaram a política, está debruçado nas medidas que são eficazes no combate a

sub-representação da mulher no sistema eleitoral. Esse esforço está intimamente ligado à cultura de integração feminina, bem como se constrói nas ações reivindicatórias daqueles que buscam somar forças à inclusão da mulher na vida pública.

Ao se com o Brasil com países Nórdicos no que tange o sistema de cotas eleitorais, são latentes as diferenças que compõem a eficiência que a cultura inclusiva proporciona. O Brasil ainda vive uma cultura política muito tradicional, com um comportamento extremamente conservador, perenizando toda a desigualdade que assola o nosso sistema eleitoral pátrio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O nosso ordenamento jurídico enfrenta grandes dificuldades com o problema que envolve a desigualdade de gênero dentro o sistema de representatividade. A construção do plano da cidadania política, ao qual deveria estar imune de qualquer interferência de gênero, viu-se obrigada a trazer soluções que pudessem satisfazer a nova realidade social, em que as mulheres deixam de ser somente ferramentas de trabalho doméstico e passam a definir a sua trajetória social, diferente daquela que sempre foi o padrão adotado.

O processo de democratização é um processo lento, ao qual enfrenta diversas dificuldades em relação a igualdade de gênero no plano político nacional. Indiferente de qual é o país que servirá como referência de análise no quesito igualdade de gênero, os homens sempre dominam os cargos eletivos, mesmo em países ricos e culturalmente avançados nesse ponto. A presença reduzida das mulheres nesse cenário, nos mostra que a atual democracia é frágil e embasada em pilares culturais porosos que precisam ser fortificados.

As reclamações dos movimentos feministas em busca de uma representatividade justa, trouxeram estratégias que se pode perceber, mesmo que de maneira tímida, um avanço nos números referentes a representatividade feminina no Legislativo, inserindo, assim, àqueles que sempre se encontraram em posição recessiva, em especial os indivíduos do sexo feminino.

Aliadas a essas manifestações, as ações afirmativas foram, e ainda são, imprescindíveis na construção da igualdade de gênero através do tempo. A maneira encontrada pela “coerção” através de lei, exigindo um percentual mínimo de

candidatos do sexo feminino nas campanhas políticas, se embasou de maneira singela com o sistema de cotas, introduzindo, assim, o pensamento feminino nas ações voltadas a esfera pública.

O crescimento lento das ações públicas nesse sentido, não foi algo que foi vivido somente no Brasil. Diversos países passaram por seus pontos de revolução, sempre em busca de algo igualitário, que pudesse satisfazer todas as classes sociais através da representatividade política. Também se verificou que o fator econômico não é considerado um fator determinante no crescimento da cultura igualitária.

Ademais, percebe-se que o sistema de cotas, até os dias atuais, se demonstra mais instigante do que inspirador no processo de modernização do sistema de representatividade. Os resultados são mais simbólicos do que efetivos com a inserção das cotas no sistema eleitoral, mesmo assim, não deixa de ser uma ferramenta importante na construção de um sistema equalizado, incentivando e encorajando as mulheres a participarem, de maneira passiva, da festa da democracia.

Apesar de não termos resultados animadores na participação feminina no processo eleitoral, não há dúvidas que o sistema de cotas trouxe reflexos sócios jurídicos para com a sociedade. Os efeitos culturais trazidos foram capazes de provocar mudanças comportamentais importantes nos padrões mais antigos e arraigados da sociedade: o patriarcado. Com a introdução da mulher no cenário político, não há um ganho somente para o gênero, mas sim, um ganho social muito mais amplo e abrangente para com a democracia representativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 maio. 2021.

BRASIL. [Constituição (1932)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 10 maio. 2021.

BRASIL. [Constituição (1934)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 10 maio. 2021.

BRASIL. [Constituição (1937)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 12 maio, 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995**. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9100.htm. Acesso em: 12 maio, 2021.

BRASIL. **Lei Nº 9.504 de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Governo comemora aumento da representatividade feminina na política**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/janeiro/governo-comemora-aumento-da-representatividade-feminina-na-politica#:~:text=Em%202016%2C%20esse%20%C3%ADndice%20foi,m%C3%A9dia%20nacional%20%C3%A9%20de%2017%25>. Acesso em: 05 maio, 2021.

BRASIL. **TSE disponibiliza dados sobre filiados a partidos políticos no Brasil**. TSE, 2016. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Maio/tse-disponibiliza-dados-sobre-filiados-a-partidos-politicos-no-brasil>. Acesso em: 27 abr. 2021.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o Direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

LEMOS, Simone. Representação feminina no Congresso Nacional é pequena. **Jornal da USP**, 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/representacao-feminina-no-congresso-nacional-e-pequena/>. Acesso em: 05 mai. 2021.

MORAES, Alexandre. Sistemas eleitorais e regime de governo presidencial. In: _____. **Direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

ONU. Onu Mulheres. **ATENEA – Mecanismo para acelerar a participação política das mulheres na América Latina e no Caribe**. (2020). Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ATENEA_Brasil_FINAL23Sep.pdf. Acesso em: 09 maio. 2021.

ONU. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher**. Pequim, 1995. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 12 maio. 2021.

ROUSSEAU. Jean-Jacques, 1712-1778. **O contrato social**: princípios do direito político. São Paulo: Lafonte, 2020.

TEIXEIRA, Igor Moura Rodrigues. **A ideia de crise de representatividade e a democracia participativa como estrutura de (re)legitimação do exercício do poder político**. 2016 (Dissertação Mestrado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016.

VAZ, Gislene de Almeida. **A participação da mulher na política brasileira: a lei de cotas**. 2018. (Monografia de Conclusão de Curso de Especialização em Processo Legislativo). Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento, da Câmara dos Deputados, Brasília, 2018.

COMUNICAÇÕES

Av. Flávio Ribeiro Coutinho nº 220 – Loteamento -Parque Verde

– Shopping Center Manaíra / Cabedelo – CEP: 58310-000

Telefone: (83) 2106.6175