



Douglas Santos Mezacasa
(Organizador)

O Direito e sua Complexa Concreção 3

Atena
Editora
Ano 2020



Douglas Santos Mezacasa
(Organizador)

O Direito e sua Complexa Concreção 3


Ano 2020

2020 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2020 Os autores

Copyright da Edição © 2020 Atena Editora

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Diagramação: Geraldo Alves

Edição de Arte: Lorena Prestes

Revisão: Os Autores



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie di Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná

Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federaci do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Alexandre Leite dos Santos Silva – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Conselho Técnico Científico

Prof. Msc. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Msc. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Dr. Adailson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Msc. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Profª Msc. Bianca Camargo Martins – UniCesumar
Prof. Msc. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Msc. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
Prof. Msc. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Profª Msc. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
 Prof. Msc. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
 Prof. Msc. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
 Prof. Msc. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
 Prof^a Msc. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
 Prof. Msc. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
 Prof. Msc. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
 Prof^a Msc. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
 Prof^a Msc. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
 Prof^a Dr^a Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
 Prof. Msc. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
 Prof. Msc. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual de Maringá
 Prof. Msc. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
 Prof^a Msc. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
 Prof^a Msc. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo
 Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

D598 O direito e sua complexa concreção 3 [recurso eletrônico] /
Organizador Douglas Santos Mezacasa. – Ponta Grossa, PR:
Atena, 2020.

Formato: PDF
 Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
 Modo de acesso: World Wide Web
 Inclui bibliografia
 ISBN 978-65-86002-33-1
 DOI 10.22533/at.ed.331200603

1. Direito. 2. Direito e sociedade. 3. Direito – Aspectos sociais.
I. Mezacasa, Douglas Santos.

CDD 340

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

Atena Editora
 Ponta Grossa – Paraná - Brasil
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

Pensar na concretude do direito na contemporaneidade dentro das relações jurídicas nos exige conjecturar que as normas se ocupam de diferentes espaços, percepções, áreas, culturas, métodos de reflexão e de interpretações das mesmas. O direito e a realidade se unem para questionar em que medida a norma está sendo aplicada no âmbito jurídico no intuito de efetivar os direitos e garantir a justiça social dos cidadãos. Porém, trata-se de uma aderência complexa e específica que necessita de análises científicas inter-relacionadas com as áreas das ciências jurídicas.

Partindo pela busca dessa essencialidade e aproximação da eficácia da aplicação da norma no sistema jurídico, a Atena Editora lança a sua terceira edição da coletânea intitulada “O Direito e sua Complexa Concreção 3”, coleção composta por vinte e dois capítulos que conecta pesquisadores especialistas, mestres e doutores de instituições localizadas de todas as áreas do Brasil. Trata-se de uma obra que discute temáticas variadas de todos as searas das grandes áreas das Ciências Jurídicas. De maneira geral, os capítulos, que abordam esses espaços, estruturam-se com o objetivo de analisar a aplicação das fontes do direito como forma de reflexão acerca da sua concretude e eficácia aos casos concretos.

Essa terceira edição realizada em formato de e-book, traz inovações nas pesquisas jurídicas e nas áreas de concentração do direito contemporâneo. Nesse sentido, a coletânea abordará temas relativos ao desenvolvimento do sistema de regulamentação do comércio e do direito internacional, assuntos que permeiam a justiça militar brasileira, o sistema prisional e suas especificidades, o Estatuto da Criança e do Adolescente, as questões processuais no âmbito civil, administrativo e penal, a democracia, entre outros temas que compreendem os valores morais e culturais da sociedade com a consequência de criação e evolução das normas e suas concretudes.

Dessa forma, temas diversos e interessantes são, deste modo, discutidos aqui com a proposta de fundamentar o conhecimento de acadêmicos, mestres, doutores e todos aqueles juristas que de alguma forma se interessam pela ciência jurídica e pelo Direito. Possuir um material acadêmico que reflita a evolução de diferentes áreas do direito e da sociedade, de forma temporal, com dados e resultados substanciais e concretos torna-se muito relevante para o campo da pesquisa no Brasil.

Deste modo a obra O Direito e sua Complexa Concreção 3 apresenta uma teoria bem fundamentada nos resultados práticos obtidos pelos diversos professores, acadêmicos e pesquisadores que arduamente desenvolveram seus trabalhos que aqui serão apresentados de maneira concisa e didática. Sabemos o quão importante é a divulgação científica, por isso evidenciamos também a estrutura da Atena Editora capaz de oferecer uma plataforma consolidada e confiável para estes pesquisadores exporem e divulguem seus resultados.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
A CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO	
Adelcio Machado dos Santos Luciane Piacentini	
DOI 10.22533/at.ed.3312006031	
CAPÍTULO 2	14
A LEI 13.491/2017 E OS SEUS REFLEXOS NA JUSTIÇA MILITAR	
Adriano Diogo Coelho	
DOI 10.22533/at.ed.3312006032	
CAPÍTULO 3	25
A LEX MERCATORIA, OMC E O CASO EC – HORMONES WT/DS26 E WT/DS48 16/01/1998: O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE REGULAMENTAÇÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL	
Vanessa Bueno Sampaio Clarissa do Nascimento Ortiz Jayme	
DOI 10.22533/at.ed.3312006033	
CAPÍTULO 4	36
A TRIVIALIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA	
Igor Matheus Bueno da Rocha Andrekonski Alberto Luiz Hanemann Bastos	
DOI 10.22533/at.ed.3312006034	
CAPÍTULO 5	48
A VIGILÂNCIA DOS DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES FRENTE À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	
Pedro Henrique Hermes Roberta de Oliveira Sutel Rosane Leal da Silva	
DOI 10.22533/at.ed.3312006035	
CAPÍTULO 6	59
AS RELAÇÕES DE PODER E DECISÃO NA AMÉRICA LATINA: REVISITANDO O AUTORITARISMO E AS IMPLICAÇÕES NA DESCONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA	
Barbara Belnoski	
DOI 10.22533/at.ed.3312006036	
CAPÍTULO 7	74
CONCURSO PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	
Mariana Jorge Ana Luiza Chalusnhak	
DOI 10.22533/at.ed.3312006037	

CAPÍTULO 8	88
DEFENSORIA PÚBLICA COMO A GUARDIÃ DOS ENCLAUSURADOS HIPOSSUFICIENTES	
Mariana Fernandes Barros Sampaio Igor Tavares dos Santos Vitor Josias Gomes dos Santos	
DOI 10.22533/at.ed.3312006038	
CAPÍTULO 9	101
DEPOIMENTO ESPECIAL E VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTIL: UMA ANALOGIA ENTRE A LEI 13.431/2017 E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	
Maria Moreno do Amaral Douglas Santos Mezacasa Alessandra Trevisan Ferreira	
DOI 10.22533/at.ed.3312006039	
CAPÍTULO 10	114
DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS EDUCACIONAIS:REFLEXÃO E ESTUDO NO INTERIOR DAS LEGISLAÇÕES	
Gabriela Martins da Conceição	
DOI 10.22533/at.ed.33120060310	
CAPÍTULO 11	127
EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS PRIVADAS	
Krislayne Maria Sandini da Silva Marcello Sgarbi	
DOI 10.22533/at.ed.33120060311	
CAPÍTULO 12	138
A MEDIAÇÃO DAS DEMANDAS FAMILIARES NO REGIME DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	
Rosane Gollo Coffy Vera Maria Calegari Detoni	
DOI 10.22533/at.ed.33120060312	
CAPÍTULO 13	156
NEOCONSTITUCIONALISMO E O FORTALECIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
Geilsa kátia Sant'ana	
DOI 10.22533/at.ed.33120060313	
CAPÍTULO 14	167
O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL E A RESOLUÇÃO N° 154/2012	
Marcia Conceição dos Santos Gabriel de Castro B. Reis	
DOI 10.22533/at.ed.33120060314	

CAPÍTULO 15	184
O MITO DA “INTERVENÇÃO MILITAR CONSTITUCIONAL” NO CONTEXTO DAS CONVULSÕES E SOBRESSALTOS INSTITUCIONAIS DA HISTÓRIA RECENTE BRASILEIRA	
Alexandre Gallina Krob	
DOI 10.22533/at.ed.33120060315	
CAPÍTULO 16	196
O PAPEL DA GOVERNANÇA GLOBAL NA RECONFIGURAÇÃO DO DIREITO NO HORIZONTE DA MODERNIDADE REFLEXIVA: UMA APRESENTAÇÃO	
Julia Martins Tiveron	
DOI 10.22533/at.ed.33120060316	
CAPÍTULO 17	208
O SUICÍDIO COMO GRAVE PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA: UMA VISÃO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS E A NOVA POLÍTICA NACIONAL DE PREVENÇÃO	
Diego dos Santos Difante	
DOI 10.22533/at.ed.33120060317	
CAPÍTULO 18	221
OS DESAFIOS DA CRISE CONTEMPORÂNEA DAS DEMOCRACIAS PARA A EFETIVAÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS	
Aline Albuquerque	
DOI 10.22533/at.ed.33120060318	
CAPÍTULO 19	233
REFLEXOS DO MOVIMENTO EM REDE #METOO NA FORMAÇÃO DA CONVENÇÃO 190 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO	
Fernanda Juliane Brum Corrêa	
DOI 10.22533/at.ed.33120060319	
CAPÍTULO 20	247
TESTAMENTO VITAL E A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	
Jucelaine Germano de Mattos Stadler	
Fabiana Baptista Silva Caricati	
DOI 10.22533/at.ed.33120060320	
CAPÍTULO 21	257
UMA ANÁLISE DO <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> E SUAS APLICAÇÕES JURÍDICAS	
Beatriz Guimarães Menezes	
Edilson dos Santos Oliveira Neto	
Lara Gomes Pontes Pessoa	
Pedro Vieira Maciel	
Milke Cabral Alho	
DOI 10.22533/at.ed.33120060321	

CAPÍTULO 22	268
A LEI 13.869/2019 E A ATUAÇÃO RECEOSA DAS AUTORIDADES PÚBLICAS	
<i>Adriana Cristina Dias Lopes</i>	
DOI 10.22533/at.ed.33120060322	
SOBRE O ORGANIZADOR.....	282
ÍNDICE REMISSIVO	283

A CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO

Data de aceite: 27/02/2020

Adelcio Machado dos Santos

Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento (UFSC). Docente e pesquisador nos Programas de Pós-Graduação "Stricto Sensu" em Desenvolvimento e Sociedade e em Educação da Uniarp. Florianópolis (SC) Brasil.
E-mail: adelciomachado@gmail.com.

Luciane Piacentini

Bacharela em Direito pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP. Caçador-SC.
E-mail: lucianepiacentini@hotmail.com

RESUMO: O objetivo deste artigo é discorrer acerca da Captação Ilícita de Sufrágio, analisando aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais, bem como levantar dados estatísticos no tocante às sanções aplicadas aos candidatos infratores nos últimos anos. O Artigo 41-A da Lei 9.504/97, busca concretizar e afirmar na proteção, ao mesmo tempo, do direito de voto de cada eleitor, individualmente considerado, e a liberdade de escolha de sua opção por um candidato ou partido político, sem interferência de fatores que comprometam a sua consciência, e o correto exercício da democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Eleitoral. Corrupção Eleitoral. Captação Ilícita de Sufrágio.

ABSTRACT: The aim of this paper is to discuss about the Unlawful Capture of Suffrage, analyzing the legal, doctrinal and jurisprudential aspects, as well as raising statistics with regard to penalties applied to the election candidates offenders in recent years. The Article 41-A of Law 9.504/97 seeks to achieve the protection of the right to vote of each voter, individually considered, and the freedom of choice of opting for a candidate or political party, without interference from factors that compromise their conscience, and the proper exercise of democracy.

KEYWORDS: Election Law. Electoral Corruption. Unlawful Capture of Suffrage.

1 | INTRODUÇÃO

O tema da corrupção eleitoral há muito tempo vem movimentando as discussões acerca do Direito Eleitoral em nossa República. A compra de votos, como é popularmente conhecida a Captação Ilícita de Sufrágio, e a corrupção de um modo geral, podem-se considerar um problema histórico, uma vez que sempre presentes ao longo da trajetória

política brasileira. Todavia, a legislação atual vem apresentando avanços nesse sentido, impondo limites e restrições, e prevendo sanções de forma a sanar, se não, ao menos inibir essa prática.

Com o advento da Lei 9.840/99, alterou-se a redação do Código Eleitoral, bem como da Lei 9.504/97, introduzindo a esta o art. 41-A, o qual dispõe que, ressalvados os dispêndios eleitorais previstos no art. 26 e incisos, constitui Captação Ilícita de Sufrágio, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição. Ainda, prevê multa de mil a cinqüenta mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma.

De encontro ao dispositivo 41-A da Lei 9.504/97, a Captação Ilícita de Sufrágio é uma realidade constante nas eleições brasileiras, caracterizadas pela negociação do voto através da oferta de dinheiro, bens materiais de diversas espécies, favores e promessas.

Neste íterim, configura-se o problema heurístico deste estudo: de que forma o exercício da Captação Ilícita de Sufrágio, art. 41-A da Lei nº 9.504/97, interfere no correto exercício do voto, e logo da Democracia, e qual a efetiva aplicabilidade das sanções previstas nesse preceito legal, no sentido de inibir a Captação Ilícita de Sufrágio?

O estudo proposto será levado a efeito tomando como pressuposto o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica, com produção descritiva, e para melhor compreensão, como resultado da pesquisa, o relato é dividido em três capítulos.

Na primeira parte será abordado o Direito Eleitoral como um todo, efetuando referência ao Direito Constitucional quanto aos seus princípios gerais e específicos. Em um segundo momento, o estudo apontará para o Direito Fundamental de Voto e o Exercício da Cidadania Política, delimitando os Direitos Políticos, definindo os conceitos de sufrágio e voto e sua natureza jurídica, e discorrendo sobre a aquisição e exercício da cidadania. No terceiro capítulo relata-se a respeito da Captação Ilícita de Sufrágio em si, versando sobre a origem às características do instituto, as hipóteses e sanções previstas pelo art. 41-A da Lei 9.504/97, e sua aplicabilidade.

2 | DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO: DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES AOS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS

2.1 Conceito e Características do Direito Eleitoral

O Direito Eleitoral trata-se de matéria independente, com autonomia científica e didática. Procedido do Direito Constitucional, no qual era absorvido até recentemente, sua expansão ocasionou sua emancipação, passando então a ter seu próprio campo

de averiguação no âmbito das ciências jurídicas.¹

Mais do que as outras disciplinas, tem como sede principal o Direito Constitucional, fonte imediata e natural de seus principais preceitos.²

O conceito de Direito Eleitoral começa a ser delineado na Constituição Federal, da qual se extrai a forma do Estado, o regime de Governo e os direitos públicos individuais, bem como suas garantias. Portanto, pode-se afirmar que as normas de Direito Eleitoral possuem efeito direto com o Direito Constitucional, uma vez que visam proteger instituições essencialmente constitucionais.³

Leciona Joel José Cândido:

[...] pode-se dizer que o Direito Eleitoral é o ramo do Direito Público que trata de institutos relacionados com os direitos políticos e das eleições, em todas as suas fases, como forma de escolha dos titulares dos mandatos eletivos e das instituições do Estado.⁴

2.2 Princípios Constitucionais-Eleitorais

Conforme visto anteriormente, as relações do Direito Eleitoral se iniciam e se encerram com o Direito Constitucional, encontrando na Constituição Federal a base de toda sua normatização, fazendo-se, portanto, necessária, uma análise dos seus princípios constitucionais informadores.⁵

Para Paulo Bonavides, princípios “são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição.”⁶

Desta forma, pode-se dizer que os princípios constitucionais possuem supremacia incontestável, uma vez que informam e dão consistência a toda estrutura legal do nosso ordenamento jurídico, fazendo com que todas as demais normas deles se desdobrem.⁷

Dos princípios constitucionais gerais aplicáveis ao Direito Eleitoral, pode-se extrair a ampla defesa e o devido processo legal como a garantia aos litigantes da observância às regras formais, bem como o direito a um juiz imparcial e a uma simetria processual.⁸

Trata-se da garantia mínima da existência de um processo que observe a simetria de direitos processuais entre as partes com rapidez na entrega do resultado

1 SANTOS, Adélcio Machado dos. **Ensaio Jurídicos** – diretrizes da normatividade e critérios de valoração. Florianópolis: A.M. Santos, 2007.p.104.

2 PEREIRA, Erick Wilson. **Direito Eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais**. São Paulo: Saravia, 2010. p.31.

3 *Ibid.*,p.32.

4 CANDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 14.ed. Bauru: Edipro, 2010. p.25

5 SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. **Compra de votos: à luz dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p.40.

6 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.358.

7 SANSEVERINO, *loc.cit.*

8 *Ibid.*, p.140.

final e com a devida motivação desta decisão final.⁹

Neste contexto, o Princípio da Legalidade se inclui como um preceito jurídico fundamental que estabelece que o Estado deva se submeter à lei, sendo assim impossível se pensar no surgimento de direitos subjetivos e de deveres correlatos sem que a lei os estipule.¹⁰

É a existência de norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites e objetivos na relação interpessoal, competindo ao Poder Judiciário, na interpretação da lei, quando diante do conflito de interesse, fazer valer a vontade concreta desta. Se a interpretação foi boa ou ruim, a questão continua no campo do relativismo da lei, ela apenas precisa existir.¹¹

Da mesma forma, o Princípio da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público, que exalta a superioridade dos interesses coletivos sobre os particulares, apresenta-se como instrumento valioso e de coordenação das atividades sociais. É a diretriz implícita de todas as regras de Direito Eleitoral. Os interesses públicos são inalienáveis, isto é, o titular do órgão incumbido de representá-los, não tem poder de disposição, havendo de geri-los na mais estreita legalidade.¹²

2.3 Princípios Específicos do Direito Eleitoral Brasileiro

Sabe-se que os Princípios Constitucionais dirigem, influenciam e condicionam o Direito Eleitoral, uma vez que sistematizam e suscitam questões de conseqüências relevantes na matéria. Francisco de Assis Vieira Sanseverino, estabelecendo uma classificação doutrinária de princípios, leciona que os princípios específicos tratam-se daqueles que presidem um conjunto de normas relacionadas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição Federal, irradiando-se limitadamente, porém, de forma suprema em seu âmbito de aplicação, sendo por vezes, um mero detalhamento dos princípios constitucionais gerais.¹³

2.3.1 Princípio Democrático

Adotado como regime político do Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 prevê o princípio Democrático como um de seus princípios fundamentais.¹⁴

O princípio democrático é, por outras palavras, o princípio da soberania popular. É o regime de governo da maioria. É o povo acima da Constituição podendo, inclusive, modificá-la a qualquer tempo. É a vontade do povo exercida pelo governo.¹⁵

Assenta-se nos valores essenciais da liberdade e a igualdade. Uma vez não

9 PEREIRA, 2010, p.84.

10 *Ibid.*, p.85.

11 PEREIRA, 2010, p.85.

12 *Ibid.*, p.86.

13 SANSEVERINO, 2007, p.56-7.

14 *Ibid.*, p.60.

15 PEREIRA, 2010, p.78

existindo qualquer um deles, não existirá também a democracia. A liberdade diz respeito aos direitos declarados e assegurados nos que estabelecem os direitos fundamentais. Já a igualdade é essencial à democracia e à república. Portanto, na democracia o voto não é simplesmente um mero procedimento, mas sim, uma forma de expressão da igualdade e liberdade.¹⁶

2.3.2 Princípio da Soberania Popular

Ao estabelecer em seu artigo 1º que “Todo o poder emana do povo”, a Constituição Federal de 1988 consagra como extensão do Princípio Democrático, o Princípio da Soberania Popular, reconhecendo o povo como titular do poder político do Estado Democrático de Direito.¹⁷

A soberania representa o poder do povo, este, expresso pelo eleitorado, de eleger os seus representantes, que é a cidadania ativa, ou de ser eleito, direito de elegibilidade, que é a cidadania passiva. Desta forma, soberania popular, nos termos da Constituição, significa que o povo é titular do poder supremo para decidir em matéria política. Nessa hipótese, o povo encontra-se acima do Estado, isto é, o povo não existe para o Estado, mas sim, o Estado existe para o povo.¹⁸

2.3.3 Princípio Republicano

O Princípio Republicano foi adotado no Brasil a partir de 15 de Novembro de 1889, com a Proclamação da República, consagrado na Constituição de 1891 e nas demais Constituições.¹⁹

Entende-se por República, a forma de governo que visa à igualdade formal do povo. Geraldo Ataliba preleciona destarte:

República é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente.

²⁰

O governo republicano é exercido por representantes escolhidos pelo povo soberano e em nome dele. Trata-se da garantia do interesse da coletividade e não da classe dominante. Através deste princípio, tem-se que o poder será disputado de forma periódica, por qualquer pessoa que se enquadre nos requisitos de elegibilidade, sendo sua principal característica a de renovação dos cargos públicos

16 SANTOS, 2007, p.115.

17 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 05.09.10.

18 MENDONÇA, Valda de Souza. **Voto Livre e Espontâneo** – exercício de cidadania política consciente. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004 p.39.

19 SANSEVERINO, 2007, p.140.

20 ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.13.

que são exercidos por períodos determinados.²¹

2.3.4 Princípio do Sufrágio Universal

O Princípio do Sufrágio Universal, decorrente do princípio democrático, deve-se entender como a participação ativa da totalidade dos habitantes do país nas eleições, entretanto, o eleitorado é sempre uma minoria, pois, a extensão do direito de voto à universalidade dos cidadãos habilitados para seu exercício, nos termos legais de cada país, corresponde a uma universalidade de competências.²²

No sistema eleitoral brasileiro, por exemplo, o indivíduo precisa preencher certos requisitos como a nacionalidade, idade e capacidade para ser eleitor, desta forma, no Brasil, estão excluídos dessa universalidade os estrangeiros, enquanto não naturalizados, os brasileiros menores de 16 anos, os conscritos durante o serviço militar obrigatório, e os que estiverem com seus direitos políticos suspensos nos termos da lei.²³

2.3.5 Princípio do Voto Direto e Secreto

A Constituição Federal prevê a proteção ao direito de voto em seu Artigo 14, *caput*, estabelecendo-o como um dos aspectos dos direitos políticos conferidos aos cidadãos, dispondo que “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei [...]”²⁴

Entende-se por voto direto aquele no qual o eleitor, de forma imediata, escolhe seus representantes, diferenciando-se do voto indireto, em que o eleitor escolhe delegado, cabendo a este a escolha do candidato ao cargo eletivo.²⁵ Do Princípio do Voto Secreto, retira-se o objetivo de assegurar o sigilo do voto. De forma mais ampla, o voto secreto tem a finalidade de garantir o eleitor contra qualquer influência que lhe suprima ou reduza a integridade de sua opção.²⁶

3 | DIREITO FUNDAMENTAL DE VOTO E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA POLÍTICA

3.1 Dos Direitos Políticos

Compreendem-se direitos políticos o conjunto de normas que disciplinam os direitos e deveres peculiares ao cidadão para o exercício da soberania popular, ou seja, para o cidadão participar da administração pública, através dos processos de

21 PEREIRA, 2010, p.82.

22 MENDONÇA, 2004, p.99.

23 *Ibid.*, p.90

24 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 09.09.10.

25 SANSEVERINO, 2007, p.179.

26 ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco. **A democracia representativa na república (antologia)**: José Antônio Giusti Tavares. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1998. p.64.

eleição, representação ou nomeação.²⁷

Na Constituição Federal de 1988, os direitos políticos situam-se entre os direitos fundamentais, e possuem regime jurídico-constitucional. São tratados no Capítulo IV, nos Artigos 14 a 16, dispositivos os quais estabelecem regras concernentes à aquisição, ao exercício, às restrições, à suspensão e à perda do direito de eleger e de ser eleito.²⁸

Os direitos políticos não são atribuídos a qualquer brasileiro, é necessário que este preencha certas condições estabelecidas pela Constituição, o que vale dizer que todo o cidadão brasileiro deve ter a qualidade de nacional brasileiro, porém, nem todo o brasileiro pode ter a qualidade de cidadão. A qualidade de nacional refere-se ao vínculo jurídico de alguém que adquire a nacionalidade brasileira. Já a qualidade de cidadão, refere-se ao brasileiro que esteja no gozo de seus direitos políticos.²⁹

3.2 O Direito de Sufrágio e o Exercício do Voto

Dispõe a Constituição Federal dispõe que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.³⁰

Para Paulo Bonavides, “o sufrágio é o poder que se reconhece a certo número de pessoas, qualificadas na Constituição como politicamente aptas, para participar na gerência da vida pública.”³¹

As formas de sufrágio encontram-se condicionadas ao regime político. No caso do Brasil, considerando que é adotado o regime democrático, adota-se, portanto, o sufrágio universal.³²

Comumente, as palavras sufrágio e voto são utilizadas como sinônimas, entretanto, a Constituição Federal emprega-lhes sentido diverso, uma vez que prevê no *caput* do seu Artigo 14 que “o sufrágio é universal” e o “voto é direto, secreto e tem valor igual”.

Cármem Lúcia Antunes Rocha distingue da seguinte forma:

Voto é o instrumento jurídico pelo qual se declara, solene e formalmente, a opção por alguém (candidato) ou alguma coisa (instituição, regime, etc.). Sufrágio é participação para aclamar ou proclamar uma vontade, a qual se emite por meio do voto. Sufraga-se uma opinião mediante o voto, vale dizer, esse é o veículo de manifestação daquele.³³

27 MENDONÇA, 2004, p.85.

28 SANSEVERINO, *op.cit.*, p.167.

29 MENDONÇA, *op.cit.*, p.89

30 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 15.09.10.

31 BONAVIDES, 2001, p.228.

32 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed.São Paulo: Malheiros, 2008. p.349.

33 ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.98.

Assim, pode-se dizer que o voto é ato fundamental do exercício do sufrágio. É ainda ato político que materializa o direito público subjetivo de sufrágio, ou, conforme já mencionado, é o exercício deste.³⁴

É pelo voto que o cidadão emite a sua opinião, escolhe seus representantes e exerce o poder estatal, direta ou indiretamente na forma da Constituição.³⁵

3.3 Da Cidadania Política

Considera-se cidadania, a condição do indivíduo que, como membro de um Estado, encontra-se no gozo dos direitos que lhe permitem participar da vida política.³⁶

O exercício da cidadania, pode-se dizer, que se encontra intimamente ligado ao exercício do voto. Ao votar em uma pessoa, transfere-se a ela um poder que pertence a cada cidadão e cidadã. É como se fosse passada uma procuração para que outra pessoa decida em nome de toda população, por um período de quatro anos, ou oito anos como no caso dos senadores.³⁷

4 | CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO – DA ORIGEM À APLICABILIDADE

4.1 Da Origem da Lei 9.840/99

As normas que regem o processo eleitoral têm como finalidade assegurar o exercício dos direitos políticos e proteger a normalidade e legitimidade das eleições, contra as diferentes formas de corrupção e abusos.³⁸

No intuito de por fim a esses abusos, e dado o caráter cultural do problema, a Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999, foi aprovada a partir de um projeto de lei de iniciativa popular, com mais de um milhão de assinaturas, em campanha organizada pela Comissão Brasileira de Justiça e Paz (CBJP), com a colaboração da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), OAB, dentre outras.³⁹

Ficando conhecida como a Lei da Compra de Votos, ou ainda, a Lei dos Bispos, a nova Lei alterou a redação da Lei 9.504/97, a Lei das Eleições, acrescentando-lhe o Artigo 41-A, que prevê a Captação Ilícita de Sufrágio, e consagrando-se como a primeira lei de iniciativa popular do país.⁴⁰

4.2 Art.41-A – A Captação Ilícita de Sufrágio

A Captação Ilícita de Sufrágio nada mais é que a expressão jurídica que designa

34 SILVA, 2008, p.357

35 *Ibid.*, p.314.

36 MENDONÇA, 2010, p.109.

37 *Ibid.*, p.117.

38 SANSEVERINO, 2007, p.225.

39 MCCE – Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral. **História da Lei 9.840**. Disponível em <<http://www.mcce.org.br/node/6>> Acesso em: 03.07.11. p.1.

40 *Ibid.*, p.2.

o fenômeno da “compra de votos”, ou seja, a troca do direito de opção eleitoral por um favor manifestado sob a forma de bem ou vantagem de qualquer natureza.⁴¹

Assim dispõe o Artigo 41-A da Lei 9.504/97:

Art. 41-A: Ressalvados os gastos eleitorais previstos no Art.26 e incisos, constitui Captação Ilícita de Sufrágio, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.⁴²

Pode-se afirmar que a captação ilícita de sufrágio possui natureza jurídica de infração político-administrativa; político, pois tem como objetivos a proteção dos direitos políticos. Diz também infração administrativa, mais para estabelecer o contraste e afirmar que não se trata de crime eleitoral, em face das sanções de cassação do registro ou do diploma e de multa, sem natureza criminal, diferenciando-se do crime previsto no artigo 299 do código eleitoral.⁴³

4.2.1 Condutas Vedadas e Sujeitos da Ação

Prevê o Artigo 41-A da Lei nº 9.504/97 que, ressalvado o disposto no Artigo 26 e seus incisos, constituem a captação ilícita ou vedada, as condutas de doar, oferecer, prometer, ou entregar ao eleitor, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública. São hipóteses de condutas múltiplas, bastando a ocorrência de apenas uma delas para que incida a regra.⁴⁴

É importante destacar que o ato de prometer previsto aqui se difere das promessas de campanha realizadas pelos candidatos no período eleitoral. Esta se trata de conduta lícita apresentada aos eleitores pelos candidatos, geralmente expondo seus planos de governo, num sentido mais amplo, enquanto aquela se trata de conduta ilícita, na qual existe a negociação do voto através de promessas concretas e específicas de forma a captar o voto do eleitor.⁴⁵

É necessário que se demonstre, para a caracterização do ilícito, que a finalidade da vantagem oferecida ou efetivamente dada, seja a captação de sufrágio, tenha fins explicitamente eleitorais. Não basta a prova de que houve a oferta de ganho, ou que tenha havido a entrega de algum bem ao eleitor individualmente caracterizado: é fundamental que haja a demonstração de que esse benefício ou promessa de

41 REIS, 2006, p.22.

42 BRASIL. **Lei 9.504 de 30 de Setembro de 1997, que estabelece normas para as Eleições**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em 14.08.11.

43 SANSEVERINO, 2007, p.250.

44 BRASIL. **Lei 9.504 de 30 de Setembro de 1997, que estabelece normas para as Eleições**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em 14.08.11.

45 SANSEVERINO, 2007, p.264.

benefício tenha a finalidade eleitoral de cooptar à sua vontade.⁴⁶

Ainda, acerca dos bens e vantagens, a Lei 9.504/97 prevê que:

Art. 39 § 6º. É vedada na campanha eleitoral a confecção, utilização, distribuição por comitê, candidato, ou com a sua autorização, de camisetas, chaveiros, bonés, canetas, brindes, cestas básicas ou quaisquer outros bens ou materiais que possam proporcionar vantagem ao eleitor.⁴⁷

Exige-se para fins de captação ilícita de sufrágio, a responsabilidade subjetiva do candidato, especialmente para se negar a possibilidade de adoção da responsabilidade objetiva, bastando, portanto, apenas a ocorrência do fato, do dano, do respectivo nexo de causalidade, independentemente de se considerar a culpa, em sentido amplo.⁴⁸

Entretanto, adotam-se também critérios de autoria mediata, co-autoria e participação, os quais se amoldam a fim de delimitar responsabilidade do candidato, como destinatário da captação vedada do sufrágio.⁴⁹

É necessário que se demonstre, para a caracterização do ilícito, que a finalidade da vantagem oferecida ou efetivamente dada, seja a captação de sufrágio, tenha fins explicitamente eleitorais. Não basta a prova de que houve a oferta de ganho, ou que tenha havido a entrega de algum bem ao eleitor individualmente caracterizado: é fundamental que haja a demonstração de que esse benefício ou promessa de benefício tenha a finalidade eleitoral de cooptar à sua vontade.⁵⁰

Cabe ressaltar que quanto à prova da ocorrência dessas condutas, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Eleitorais é iterativa no sentido de que a prática de captação ilícita de sufrágio há de vir escorada em provas robustas e inconcussas:

EMENTA: CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO - AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA E INCONTROVERSA - CRIME NÃO COMPROVADO - TEMPESTIVIDADE - RECURSO DESPROVIDO.

1. Para a configuração da captação ilícita de sufrágio, há que estar presente nos autos, conjunto probatório capaz de demonstrar que, o candidato efetivamente ofereceu benefício para o fim específico de obter voto no pleito eleitoral. Necessidade de apresentação de prova robusta, não se admitindo condenação baseada em presunção.⁵¹

O Artigo 41-A exige que o fato seja praticado “desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive”, a fim de que não haja dúvidas, existem situações

46 REIS, 2006. p.61.

47 BRASIL. **Lei 9.504 de 30 de Setembro de 1997, que estabelece normas para as Eleições**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em 14.08.11.

48 SANSEVERINO, *op.cit.*, p.266.

49 *Ibid.*, p.267

50 SANSEVERINO, 2007, p.266.

51 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **RE nº 7.648/PR**. Relatora Ministra Regina Helena Afonso de Oliveira Portes. 14.10.09. Diário de Justiça, 21.10.09.

em que o candidato efetiva a doação ou a entrega dos bens ou vantagens pessoais depois da eleição.⁵²

4.2.2 Das Sanções

Acerca das sanções do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, a referida norma prevê como sanções, a multa, no valor de mil a cinqüenta mil UFIR, a cassação do registro ou do diploma.⁵³

Não é punível, entretanto, a tentativa, uma vez que se trata de infração administrativa. Em havendo a tentativa, poderá haver punição penal, em decorrência do Artigo 299 do Código Eleitoral, que se sustenta ser um crime formal:⁵⁴

Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:

Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.⁵⁵

4.3 Aplicabilidade do Art.41-A

Criada para por um freio na corrupção eleitoral, a Lei 9.840/99 completou 12 anos com um saldo superior a setecentos políticos cassados por terem sido flagrados na tentativa de captar votos de eleitores.⁵⁶

Retira-se daí, a incontestável aplicabilidade do Artigo 41-A da Lei 9.504/97, sendo, portanto, punível pela ótica da interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral, quando o candidato, de forma direta ou indireta, expressamente, captar o voto através de doação, oferecimento, promessa, ou mesmo entrega ao eleitor de bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública.⁵⁷

Esses dados corroboram com a idéia de que o texto da Lei 9.840/99 deu à Justiça Eleitoral, meios e poderes para, quando acionada, coibir com maior rapidez e objetividade o abuso do poder econômico de candidatos que captam sufrágios mediante doação de bens ou vantagens aos eleitores, uma vez que a moralidade do processo eleitoral depende em muito da pureza do voto, pressuposto essencial da democracia.⁵⁸

52 SANSEVERINO, 2007, p.271.

53 BRASIL. **Lei 9504 de 30 de Setembro de 1997, que estabelece normas para as Eleições**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em 20.08.11.

54 *Ibid.*

55 BRASIL. **Lei 4.737, de 15 de Julho de 1965**, que institui o Código Eleitoral. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/4737compilado.htm>. Acesso em 20.08.11.

56 MCCE – Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral. Relatório da Pesquisa “**Prefeitos e Vereadores Cassados por Corrupção Eleitoral (2000 a 2009)**”. Disponível em <<http://www.mcce.org.br/sites/default/files/RelatorioSintese.pdf>>. Acesso em: 04.07.11.

57 MAIOR FILHO, Marcos SOUTO. **Direito Eleitoral: Lei da Compra de Votos e A Reforma Eleitoral**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2008. P.100.

58 CASTRO, Carlos Fernando Correa de. **Compra de Votos** - breve análise do art. 41-A da Lei 9.504/07. Jan. 2000. Disponível em: <http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impreso.php?cod_texto=123>.

5 | CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que o Artigo 41-A da Lei 9.504/97, apresentou um grande avanço na legislação eleitoral, uma vez que busca concretizar e afirmar a proteção do direito de voto de cada eleitor, bem como a liberdade de escolha de sua opção por um candidato ou partido político, sem interferência de fatores que comprometam a sua consciência, e o correto exercício da democracia.

Quando devidamente aplicadas as sanções nele estabelecidas, conforme restou demonstrado através dos dados estatísticos, o Artigo 41-A serve de instrumento para coibir a corrupção eleitoral que há tanto tempo se faz presente no cenário político de nosso país.

REFERÊNCIAS

ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco. **A democracia representativa na república (antologia)**: José Antônio Giusti Tavares. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1998.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

BRASIL. **Lei 4.737, de 15 de Julho de 1965**, que institui o Código Eleitoral. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/4737compilado.htm>.

BRASIL. **Lei 9.504 de 30 de Setembro de 1997, que estabelece normas para as Eleições**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>.

CANDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 14.ed. Bauru: Edipro, 2010.

CASTRO, Carlos Fernando Correa de. **Compra de Votos** - breve análise do art. 41-A da Lei 9.504/07. Jan. 2000. Disponível em: <http://www.paranaeeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=123>.

MAIOR FILHO, Marcos SOUTO. **Direito Eleitoral: Lei da Compra de Votos e A Reforma Eleitoral**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MCCE – Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral. **História da Lei 9.840**. Disponível em <http://www.mcce.org.br/node/6>.

MCCE – Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral. Relatório da Pesquisa **“Prefeitos e Vereadores Cassados por Corrupção Eleitoral (2000 a 2009)”**. Disponível em <<http://www.mcce.org.br/sites/default/files/RelatorioSintese.pdf>>.

MENDONÇA, Valda de Souza. **Voto Livre e Espontâneo** – exercício de cidadania política consciente. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

PEREIRA, Erick Wilson. **Direito Eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais**. São Paulo: Saravia, 2010.

Acesso em 15.07.17. p.2

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. **Compra de votos**: à luz dos princípios constitucionais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SANTOS, Adécio Machado dos. **Ensaio Jurídico** – diretrizes da normatividade e critérios de valoração. Florianópolis: A.M. Santos, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

A LEI 13.491/2017 E OS SEUS REFLEXOS NA JUSTIÇA MILITAR

Data de aceite: 27/02/2020

Data de submissão: 29/01/2020

Adriano Diogo Coelho

Faculdade Dom Bosco

Cornélio Procópio – PR

<http://lattes.cnpq.br/2742646303184400>

RESUMO: O presente trabalho aborda os reflexos da alteração do Código Penal Militar, em que foi ampliada a competência da Justiça Militar para o processamento e julgamento de crimes militares. Nesse sentido, se constata uma mudança substancial no sistema judicial brasileiro, em especial quando diz respeito aos crimes praticados pelos policiais militares dos Estados, remetendo à Justiça Castrense o processo e julgamento dos crimes praticados por estes agentes, quando em serviço ou em razão da função. Por ser uma alteração legislativa de conteúdo não apenas processual, mas também material, demanda a observância de diversos institutos previstos na legislação penal, bem como gera discussões quanto ao âmbito de sua incidência, motivando debates através da doutrina e a busca de solução das controvérsias por parte da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Competência Criminal. Justiça Militar. Legislação Penal.

LAW 13.491/2017 AND ITS EFFECTS IN MILITARY JUSTICE

ABSTRACT: This work addresses the reflections of the amendment of the Military Penal Code, in which the competence of Military Justice for the processing and prosecution of military crimes was extended. In this sense, a substantial change in the Brazilian judicial system can be seen, especially when it comes to crimes committed by military police officers of the states, referring to Castrense Justice the process and trial of crimes committed by these officers, when in service or because of the function. As it is a legislative change of content not only procedural, but also material, it demands the observance of several institutes provided for in the criminal legislation, as well as it generates discussions as to the scope of its incidence, motivating debates through the doctrine and the search for a solution to the controversies by the jurisprudence.

KEYWORDS: Penal Procedure. Criminal Competence. Military Justice. Criminal Law.

1 | INTRODUÇÃO

Foi publicada em 13 de outubro de 2017, a Lei nº 13.491, que alterou o Código Penal Militar, ampliando a competência da Justiça Militar para processar e julgar crimes militares.

Sabe-se que a competência para a Justiça Castrense julgar tais crimes encontra-se prevista na Constituição Federal, no artigo 124, que versa sobre a Justiça Militar da União e no artigo 125, § 4º, no qual dispõe da Justiça Militar dos Estados.

Com efeito, a Justiça Militar da União decorre de competência criminal em razão da matéria (*ratione materiae*), em que, de acordo com a Constituição Federal, analisa somente a natureza do crime, podendo ser processado e julgado tanto o civil quanto o militar. Já a Justiça Militar dos Estados, por processar e julgar somente os militares estaduais, tem como definição, além de uma competência em razão da matéria, ser também em razão da pessoa (*ratione materiae e ratione personae*).

Dentro desta temática, os crimes militares estão definidos no artigo 9º, do Código Penal Militar e que, com a alteração trazida pela Lei nº 13.491/2017, houve uma ampliação dos crimes de natureza militar, na qual trouxe muitos reflexos no ordenamento jurídico, como o aumento de processos a serem submetidos à Justiça Militar, além dos aspectos jurídicos e processuais a serem aplicados aos novos processos, como também naqueles que se encontravam em andamento.

Neste contexto, importante de faz realçar, quanto aos efeitos processuais trazidos pela alteração legislativa, haja vista a mudança substancial no processamento e julgamento dos crimes militares.

2 I DA COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA MILITAR

Conforme já exposto, a competência criminal da Justiça Militar está elencada na Constituição Federal, de modo que a Justiça Militar da União compete processar e julgar os *crimes militares* definidos em lei, enquanto que a Justiça Militar estadual compete processar e julgar os militares dos Estados, nos *crimes militares* definidos em lei (LIMA, 2017, p. 355).

A partir daí, o Código Penal Militar expõe os crimes militares em tempo de paz (art. 9º) e em tempo de guerra (art. 10). Tais crimes militares podem ser considerados próprios ou impróprios.

Os delitos militares próprios ou autenticamente militares são os que possuem previsão única e tão somente no Código Penal Militar, sem correspondência com outra lei, podendo ser cometidos somente por militares. Já os crimes militares impróprios, possuem dupla previsão, ou seja, existem tanto no Código Penal Militar quanto no Código Penal Comum, legislação similar, ou ainda, prevista somente na legislação militar, mas que pode ter o civil como sujeito ativo (NUCCI, 2013, p.42).

Com a edição da Lei nº 13.491/17, a competência da Justiça Castrense é ampliada com a alteração do Código Penal Militar, em seu artigo 9º, que trata dos

crimes militares em tempos de paz, conforme se vê abaixo:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

[...]

II – os crimes previstos neste Código e os **previstos na legislação penal**, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada.

[...]

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, **quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União**, se praticados no contexto:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;

b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;

c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e

d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral [grifo do autor].

Neste diapasão, com base no inciso II do artigo supracitado, verifica-se que a conduta praticada pelo agente, para configurar crime militar, pode estar prevista tanto no Código Penal Militar, quanto na legislação penal comum, desde que dentro dos requisitos definidos nas alíneas “a” a “e” do respectivo inciso, o que, por consequência lógica, traz a competência para processamento e julgamento de tais crimes para a Justiça Militar.

3 I DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS POR MILITARES EM DESFAVOR DE CIVIS

Conforme disposto no artigo 9º do Código Penal Militar, o seu parágrafo

primeiro estabelece como regra de que crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civil serão da competência do Tribunal do Júri. Entretanto, tal regra é excepcionada pelo parágrafo segundo do aludido artigo, dispondo que a competência para julgar estes crimes será da Justiça Militar da União, quando praticados por militares das Forças Armadas contra civil, desde que no contexto do cumprimento de atribuições estabelecidas pelo Presidente da República ou Ministro da Defesa; de ação que envolva a segurança de instituição militar ou missão militar, ainda que não beligerante; ou de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem (GLO) ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no artigo 142 da Constituição Federal e na forma do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei Complementar nº 97/99, Código de Processo Penal Militar e Código Eleitoral¹.

Verifica-se assim, que as ressalvas são tão substanciais que, na prática, tirando os casos em que o militar não estava no exercício de suas funções, quase todas as demais serão julgadas pela Justiça Militar, por se enquadrarem em algumas dessas exceções².

Assim sendo, o militar da União que praticar um homicídio fora do exercício das suas funções será julgado normalmente pelo Tribunal do Júri.

Ademais, no que se refere ao militar no exercício de suas funções, assevera Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 44 – 45):

Sublima-se *atividade ou atuação* do militar, motivo pelo qual utiliza-se a expressão *em serviço* ou *atuando em razão da função* e não *em situação de atividade*, que simboliza apenas o militar da ativa. Assim sendo, independente do lugar onde a infração ocorra, caracteriza-se o delito militar, podendo a vítima ser militar reformado ou da reserva ou civil. Policiais militares dos Estados incluem-se nesta alínea, quando no exercício do policiamento ostensivo, constitucionalmente previsto. [...] Outro destaque é a atuação do militar, especialmente o policial, quando em folga, férias ou licença, pois o faz *em razão da função*, encaixando-se nesta alínea a sua prática [grifo do autor].

Seguindo nessa premissa, não se pode deixar de levar em conta, a situação peculiar do militar estadual que pratica crime doloso contra a vida em desfavor de civis, como é o caso dos policiais e bombeiros militares.

Com efeito, por expressa previsão constitucional, os referidos militares serão julgados pela Justiça Comum, no Tribunal do Júri, ainda que o crime seja praticado no exercício da função ou em razão dela, conforme disposto no § 4º, do art. 125 da Carta Magna:

1 Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1906 – Código Penal Militar.

2 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei 13.491/2017 – competência em caso de homicídio doloso praticado por militares das Forças Armadas contra civis**. 17 out. 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/10/comentarios-lei-134912017-competencia.html>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

Art. 125. [...]

[...]

§ 4º. Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, **ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil**, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças [grifo do autor].

Dessa maneira, em caso de indícios de autoria e materialidade, os militares estaduais serão denunciados pelo promotor de justiça que atua perante o Tribunal do Júri.

Outrossim, é importante observar que o Inquérito Policial que apura a prática de crime doloso contra a vida praticado por militar contra civil é o Inquérito Policial Militar – IPM, conforme dispõe o artigo 82, § 2ª do Código de Processo Penal Militar, com a redação dada pela Lei nº 9.299/1996, a saber:

Art. 82. O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz:

[...]

§ 2º. Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum.

Doravante, concluído o IPM, este deverá ser remetido à Justiça Militar, para ser distribuído a um dos promotores de justiça que atua perante aquela Justiça Especializada. Após a manifestação do promotor, caberá ao juiz-auditor remeter os autos à Vara do Tribunal do Júri, na Justiça Comum, para que o acusado seja processado e julgado de acordo com Código de Processo Penal comum (LENZA, 2016, p. 902).

4 I DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO COMUM, PRATICADOS POR MILITARES

Superada a questão quanto a prática de crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra civis, convém agora assestar quanto aos crimes previstos na legislação penal quando praticados por militares no exercício da função ou em razão dela.

Verifica-se que houve uma importante ampliação dos crimes de natureza militar, uma vez que qualquer crime existente na ordem jurídica pátria poderá se tornar crime militar, desde que preenchidas as condições previstas no inciso II, do art. 9º do CPM. Desse modo, com a alteração da lei, além dos crimes previstos no Código Penal Militar, o dispositivo abrange também todas as leis penais existentes no País (FOUREAUX, 2017, p. 2).

Neste contexto, as Súmulas 75³, 90⁴ e 172⁵, todas do Superior Tribunal de Justiça, em que restringiam a competência da Justiça Militar foram superadas, haja vista que o militar estando em serviço ou em razão da função, obrigatoriamente a competência para processamento e julgamento será da Justiça Castrense (FOUREAUX, 2017, p.4).

No que se refere ao crime de abuso de autoridade praticado por policiais militares em serviço ou em razão de sua função, Guilherme de Souza Nucci⁶ faz uma ressalva quanto à alteração legislativa:

Com a devida vênia, é incompreensível que se esteja considerando ter havido, em caráter absoluto, mudança de competência, no tocante ao delito de abuso de autoridade cometido por militar contra civil, particularmente na concernente aos policiais militares. Acrescentou-se, é certo, que podem ser considerados crimes militares os previstos em legislação especial. Porém, há hipóteses *claramente descritas* nas alíneas *a* até *e*. Não é automático; precisa encaixar-se na letra da lei. [...] Temos acompanhado julgados que têm remetido à Justiça Militar o crime de abuso de autoridade cometido por policial militar contra civil, *sem nenhum dos requisitos estampados no inciso II*, conforme exposto acima. Parece-nos um equívoco [grifo do autor]

Tal entendimento vai em sentido contrário aos demais doutrinadores, visto que a maioria entendem que a questão encontra-se superada. Nesse sentido, leciona Igor Pereira Pinheiro (2020, p. 46 – 47):

Ocorre que a Lei nº 13.491/2017 conferiu nova redação ao artigo 9º, II, do Código Penal Militar, de modo que, desde então, é crime militar e, portanto de competência daquela justiça especializada, não só os tipos especificados na legislação militar, mas também os previstos na legislação penal ordinária. [...] Assim, desde a edição daquela lei (13.491/2017), a Súmula nº 172 do Superior Tribunal de Justiça não se sustenta mais.

Por fim, diante da mudança legislativa, convém ressaltar que a alteração não abrangeu as contravenções penais, visto que o Código Penal Militar considera militar somente os crimes nele previstos e na legislação penal, não englobando as contravenções penais (FOUREAUX, 2017, p. 4).

3 **Súmula 75 do STJ:** Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal.

4 **Súmula 90 do STJ:** Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática de crime militar, e à Comum, pela prática de crime comum simultâneo àquele.

5 **Súmula 172 do STJ:** Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço.

6 NUCCI, Guilherme de Souza. **Policial Militar responde por abuso de autoridade na Justiça Comum ou Militar, a depender do caso concreto.** 2019. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/01/14/policial-militar-responde-por-abuso-de-autoridade-na-justica-comum-ou-militar-a-depender-do-caso-concreto/>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

5 | DOS INSTITUTOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO PENAL

Inicialmente, impende ressaltar quanto à natureza na norma que alterou a competência do processamento e julgamento dos crimes militares. Em sendo norma de conteúdo processual, por força do artigo 2º do Código de Processo Penal comum e artigo 5º do Código de Processo Penal Militar, deverá ser aplicada imediatamente.

Percebe-se que no Direito Processual Penal, não vigora o princípio da irretroatividade ou princípio da retroatividade benéfica, como ocorre no Direito Penal. Assim, sendo benéfica ou maléfica, a lei processual será aplicada de pronto (TÁVORA, 2016, p. 21).

Situação diversa ocorre quanto às normas processuais que possuem natureza híbrida, ou seja, comporta aspecto de direito material e direito processual.

Nesse sentido, no tocante às normas processuais materiais (mistas ou híbridas), assevera Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 95):

[...] são aquelas que abrigam naturezas diversas, de caráter penal e de caráter processual penal. Normas penais são as que cuidam do crime, da pena, da medida de segurança, dos efeitos da condenação e do direito de punir do Estado (v.g., causas extintivas de punibilidade). De sua vez, normas processuais penais são aquelas que versam sobre o processo desde o seu início até o final da execução ou extinção da punibilidade. Assim, se um dispositivo legal, embora inserido em lei processual, versa sobre regra penal, de direito material, a ele são aplicáveis os princípios que regem a lei penal, de ultratividade e retroatividade da lei mais benigna.

Seguindo neste entendimento, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, que a Lei nº 13.491/2017 deve ser aplicada imediatamente aos processos em curso, sendo possível a remessa dos autos para a Justiça Militar, mesmo que o fato tenha ocorrido antes na alteração legislativa, devendo ser aplicada a legislação penal mais benéfica que vigorava ao tempo do crime, seja ela militar ou comum:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA MILITAR E JUSTIÇA COMUM. AÇÃO PENAL. ABUSO DE AUTORIDADE. FATO PERPETRADO ANTES DO ADVENTO DA LEI N 13.491/2017. DISSENSO ESTABELECIDO ACERCA DA INCIDÊNCIA DA NORMA, SOB A PERSPECTIVA DE QUE OSTENTA CONTEÚDO HÍBRIDO, CUJO EFEITO, POR ENSEJAR PREJUÍZO AO RÉU, SERIA PASSÍVEL DE AFASTAR A SUA APLICABILIDADE, POR IMPLICAR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. QUESTÃO DEBATIDA NO CCN. 160.902/RJ, SOB O ASPECTO PROCESSUAL. DISSENSO QUE RECLAMA O EXAME DA QUESTÃO SOB A PERSPECTIVA INTEGRAL DA NORMA. CARÁTER HÍBRIDO RECONHECIDO. POSSIBILIDADE DE CONFORMAÇÃO ENTRE A INCIDÊNCIA IMEDIATA E A OBSERVÂNCIA DA NORMA PENAL MAIS BENÉFICA AO TEMPO DO CRIME. DECLARAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO MILITAR COM RESSALVA. 1. A aplicação da Lei n. 13.491/2017 aos delitos perpetrados antes do seu advento foi objeto de julgado recente da Terceira Seção, no qual se concluiu pela aplicação imediata da norma, em observância ao princípio *tempus regit actum* (CC n. 160.902/RJ, Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 18/12/2018). 2. A solução do dissenso reclama uma discussão que vai além do

aspecto processual, notadamente porque há posições doutrinárias que, sob a premissa de que a norma possui conteúdo híbrido, afastam sua aplicabilidade aos fatos anteriores ao seu advento.

3. A Lei n. 13.491/2017 não tratou apenas de ampliar a competência da Justiça Militar, também ampliou o conceito de crime militar, circunstância que, isoladamente, autoriza a conclusão no sentido da existência de um caráter de direito material na norma. Tal aspecto, embora evidente, não afasta a sua aplicabilidade imediata aos fatos perpetrados antes de seu advento, já que a simples modificação da classificação de um crime como comum para um delito de natureza militar não traduz, por si só, uma situação mais gravosa ao réu, de modo a atrair a incidência do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (arts. 5º, XL, da CF e 2º, I, do CP).

4. A modificação da competência dela decorrente, em alguns casos, enseja consequências que repercutem diretamente no jus libertatis, inclusive de forma mais gravosa ao réu, tais como: 1) a possibilidade de cúmulo material das penas, mesmo em crimes perpetrados em continuidade delitiva (art. 80 do Código Penal Militar); 2) o afastamento das medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/1995 (ante a vedação prevista no art. 90-A da Lei n. 9.099/1995); e 3) a inaplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (nos moldes previstos no art. 44 do CP).

5. A existência de um caráter híbrido na norma não afasta a sua aplicabilidade imediata, pois é possível conformar sua incidência com o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, mediante observância, pelo Juízo Militar, da legislação penal (seja ela militar ou comum) mais benéfica ao tempo do crime.

6. A solução não implica uma cisão da norma, repudiada pela jurisprudência, notadamente porque o caráter material, cuja retroatividade é passível de gerar prejuízo ao réu, não está na norma em si, mas nas consequências que dela advêm.

7. Ressalva inafastável da declaração de competência, já que a solução do julgado dela depende, além do que a simples declaração da Justiça Militar pode dar azo a ilegalidade futura.

8. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, o suscitante, nos moldes explanados no voto condutor. (CC 161.898/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 20/02/2019).

Assim sendo, deverá haver a imediata aplicação da indigitada Lei aos fatos praticados antes do seu advento, em observância ao princípio *tempus regit actum*, observando, porém, a legislação mais benéfica ao tempo do crime.

Nesta senda, constata-se que a Justiça Militar poderá processar e julgar os crimes previstos na legislação penal comum, bem como aplicar os institutos típicos do direito penal e processual penal comum, tais como as penas restritivas de direito previstas no art. 43 do Código Penal, a suspensão condicional da pena prevista no art. 77 e o livramento condicional previsto no art. 83, também do Código Penal (FOUREAUX, 2017, p. 5).

Não menos importante, sobreleva ressaltar quanto à incidência da Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) aos crimes em análise, onde grande parte da doutrina entende ser perfeitamente aplicável nos delitos militares. Nesse sentido, assevera Fernando Galvão⁷:

7 GALVÃO, Fernando. **Novos Desafios na Competência Criminal**. 2017. Disponível em: < <http://www.tjmmg.jus.br/noticias-do-tjmmg/5396-novos-desafios-na-competencia-criminal>>. Acesso em: 26 jan. 2020.

[...] Com a integração da legislação penal extravagante ao contexto militar, foi possível corrigir problemas graves decorrentes da desatualização do Código Penal Militar. Somente agora, por exemplo, será possível caracterizar um crime militar hediondo.

Noutro giro, divergindo de tal entendimento, sustentam Eduardo Luiz Santos Cabette e Francisco Sannini Neto⁸:

Como a Lei dos Crimes Hediondos não prevê crimes, mas apenas arrola certas infrações, já previstas na legislação penal comum, como hediondos ou equiparados, não é possível concluir que a Lei 13.491/17, ao afirmar que são *crimes militares* também os previstos na “legislação penal” em geral empreende uma alteração capaz de fazer, por si só, que a Lei dos Crimes Hediondos adentre à Justiça Castrense. Na verdade, tal assertiva somente será verdadeira nos casos em que o militar vier a ser processado, na Justiça Militar, por crime previsto como hediondo ou equiparado na Lei 8.072/90, desde que em sua versão prevista na lei penal comum, não no correspondente tipo penal previsto no Código Penal Militar. Ou seja, a possibilidade de aplicação da Lei dos Crimes Hediondos à Justiça Militar será, no máximo, parcial, perpetuando, agora também internamente, na Justiça Castrense, a violação do Princípio da Proporcionalidade.

Assim sendo, embora haja controvérsias, conclui-se que o militar, ao ser condenado por um crime hediondo, deverá ser submetido aos rigores daquele diploma legal, como a impossibilidade de anistia, graça e indulto, além dos requisitos para a progressão de regime e livramento condicional.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com todo o exposto, verificou-se a complexidade decorrente da aplicação de uma nova Lei que alterou substancialmente a competência criminal da Justiça Militar da União e dos Estados.

Sabe-se que o Brasil é um dos poucos países que mantém, em tempos de paz, uma justiça especializada para processar e julgar crimes militares. Nesta toada, restou observado que, após a publicação da Lei nº 13.491/17, a quantidade de processos e julgamentos submetidos à Justiça Castrense foi ampliada.

Não obstante, muito embora a Justiça Militar brasileira seja uma instituição histórica e bem estruturada, os reflexos trazidos pela inovação legislativa demandam uma análise crítica e proporcional, a fim de que a justiça seja aplicada de forma concreta.

Diante deste contexto, conclui-se que, por força dos princípios constitucionais e legais, muitos foram os desdobramentos da aplicação da Lei nº 13.491/2017, dentre

⁸ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Eduardo Luiz Santos Cabette, Francisco Sannini Neto. **Lei de Crimes Hediondos e sua aplicação na Justiça Militar face à Lei nº 13.491/17**. 2017. Disponível em: < <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/11/25/lei-de-crimes-hediondos-e-sua-aplicacao-na-justica-militar-face-lei-no-13-49117/>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

os quais alguns ainda geram controvérsias, que levam a discussão de soluções por parte da doutrina e jurisprudência, devendo ser observado os limites constitucionais e os pilares básicos de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. **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: 20 jan. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 1.001**, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 21 jan. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 1.002**, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 21 jan. 2020.

_____. **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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm>. Acesso em: 19 jan. 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Conflito de Competência nº 161.898/MG. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em 24 jan. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Eduardo Luiz Santos Cabette, Francisco Sannini Neto. **Lei de Crimes Hediondos e sua aplicação na Justiça Militar face à Lei nº 13.491/17**. 2017. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/11/25/lei-de-crimes-hediondos-e-sua-aplicacao-na-justica-militar-face-lei-no-13-49117/>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei 13.491/2017 – competência em caso de homicídio doloso praticado por militares das Forças Armadas contra civis**. 17 out. 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/10/comentarios-lei-134912017-competencia.html>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

_____. **A Lei 13.491/2017 deve ser aplicada imediatamente aos processos em curso, respeitando-se os benefícios previstos na legislação penal mais benéfica ao tempo do crime**. 2019. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/03/a-lei-134912017-deve-ser-aplicada.html>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

FOUREAUX, Rodrigo. **A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar**. 2017. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/10/19/lei-13-49117-e-ampliacao-da-competencia-da-justica-militar/>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

GALVÃO, Fernando. **Novos Desafios na Competência Criminal**. 2017. Disponível em: <<http://www.tjmmg.jus.br/noticias-do-tjmmg/5396-novos-desafios-na-competencia-criminal>>. Acesso em: 26 jan. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** / Pedro Lenza. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar Comentado** / Guilherme de Souza Nucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Policia Militar responde por abuso de autoridade na Justiça Comum ou Militar, a depender do caso concreto**. 2019. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/01/14/policia-militar-responde-por-abuso-de-autoridade-na-justica-comum-ou-militar-a-depender-do-caso-concreto/>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. **Nova lei do abuso de autoridade: comentada artigo por artigo** / Igor Pereira Pinheiro, André Clark Nunes Cavalcante, Emerson Castelo Branco. Leme, SP: JH Mizuno, 2020.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para concursos**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

A LEX MERCATORIA, OMC E O CASO EC – HORMONES WT/DS26 E WT/DS48 16/01/1998: O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE REGULAMENTAÇÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Data de aceite: 27/02/2020

Data de Submissão: 01/12/19

Vanessa Bueno Sampaio

Mestre em Direitos Humanos pela universidade Uniritter de Porto Alegre-RS e mestranda em Soluções Extrajudiciais de Conflitos Empresariais pela Escola Paulista de Direito-EPD. Pós graduada em Direito Público e Direito Notarial e Registral. Tabeliã do 1º Tabelionato de Notas de Campo Mourão, Paraná. Vanessa. buenosampaio@gmail.com

Clarissa do Nascimento Ortiz Jayme

Mestranda em Soluções Extrajudiciais de Conflitos Empresariais pela Escola Paulista de Direito-EPD. Pós graduada em Direito Notarial e Registral. Tabeliã de Notas e Protestos na comarca de Eldorado, São Paulo. Clarissaortiz@gmail.com

RESUMO: Este artigo tem por finalidade realizar a verificação da evolução histórica da regulamentação do comércio internacional, bem como dos próprios organismos que compõem o comércio internacional dentro desse contexto da *lex mercatoria* e, a partir disso, analisar a nova *lex mercatoria* como sistema autônomo das leis estatais. Serão trabalhados relatos dessa trajetória de evolução da regulamentação do comércio internacional. Haverá breve análise da composição da *lex mercatoria*, dos entes

que surgiram para incrementar os meios de regulamentação, bem como de caso concreto solucionado no seio desse sistema para que se possa proporcionar uma visão mais ampla acerca dos alcances da nova *lex mercatoria*. A contribuição que se pretende alcançar com esse artigo é a percepção de como a regulamentação das práticas do comércio internacional por meio da nova *lex mercatoria* estão além da normatização das leis nacionais. A partir disso, persegue-se a demonstração das razões de se entender a nova *lex mercatoria* como sistema próprio, separado da normatização estatal e a OMC como parte integrante desse sistema.

PALAVRAS-CHAVE: *Lex mercatoria*. Comércio internacional. OMC. Solução de conflitos.

LEX MERCATORIA, WTO AND CASE EC - HORMONES WT / DS26 AND WT / DS48 16/01/1998: THE DEVELOPMENT OF THE INTERNATIONAL TRADE REGULATION SYSTEM

ABSTRACT: This article aims to verify the historical evolution of the regulation of international trade, as well as the very entities that make up international trade within this context of *lex mercatoria*. From this, we analyze the new *lex mercatoria* as an autonomous system of state laws. Reports on this trajectory

of evolution of international trade regulation will be worked. There will be a brief analysis of the composition of *lex mercatoria*, the entities that emerged to increase the means of regulation, as well as a case solved within this system. In doing so a broader view of the new *lex mercatoria* can be provided. The contribution that is intended to be achieved with this article is the perception of how the regulation of international trade practices through the new *lex mercatoria* are beyond the normalization of national laws. From this we demonstrate the reasons for understanding the new *lex mercatoria* as its own system, separate from state regulation and the WTO as an integral part of that system.

KEYWORDS: *Lex mercatoria* - International trade – WTO - Conflict resolution.

1 | INTRODUÇÃO

Com a evolução das relações comerciais ao longo das civilizações, com expansão do comércio marítimo e, conseqüentemente, com a intensificação das relações comerciais entre diferentes povos com diferentes ordenamentos jurídicos, a regulação dessas relações já não era possível de ser realizada pelas leis de cada Estado.

As práticas comerciais, os usos e costumes foram ganhando importância nas relações comerciais internacionais, tendo em vista que apenas estes eram capazes de atender às necessidades daquele momento.

Esses usos e costumes, a chamada lei dos mercadores, *lex mercatoria*, uma vez surgida, fazia parte desse universo mercantil em níveis nunca imaginados pelos que a inicialmente propagaram, tampouco, pelos que desejaram seu declínio.

Ainda que a *lex mercatoria* tenha sofrido o impacto da codificação pelos anseios de afirmação das soberanias estatais, nada seria capaz de acompanhar o dinamismo do comércio internacional como uma lei dos próprios mercadores.

Tendo se reafirmado na história e no âmbito das relações comerciais internacionais a *lex mercatoria* não apenas delimitou seu espaço, mas também expandiu e incrementou seus horizontes e seus alcances, normas, regulamentos, entidades e órgãos próprios para solução das controvérsias foram criados e, sobretudo, foram e vem sendo moldados na velocidade em que o comércio internacional precisa.

O surgimento da OMC, suas atribuições e contribuições não podem ser vistas como fato isolado no comércio internacional e nem como algo surgido há algumas décadas atrás, tudo isso é parte de um sistema mais antigo e complexo que tem se desenvolvido ao longo dos anos, qual seja, a *lex mercatoria*.

2 | LEX MERCATORIA: CONCEITO, ORIGEM E RESSURGIMENTO

Tão importante quanto conhecer e entender o papel da OMC na dinâmica do

comércio internacional é também saber como essas relações comerciais pelo mundo surgiram e se desenvolveram ao ponto em que se encontram nos dias atuais, com todos seus desdobramentos e regulamentações.

Com a expansão do comércio marítimo e ante a necessidade de se regular as novas relações comerciais que se desenvolviam fora do território de origem dos mercadores, um conjunto de práticas e de costumes emergiu como meio de regular as práticas do comércio, bem como solucionar os conflitos dele advindos, a chamada *lex mercatoria*.

Trata-se a *lex mercatoria* de um conjunto de usos e costumes do comércio internacional, cuja trajetória, sucintamente, vale ser destacada dada a importância – para o desenvolvimento do presente trabalho – de se pontuar o que se tem por *lex mercatoria*.

O crescimento do comércio para além-mar e a necessidade de se regular as relações dele advindas fomentaram um regramento pautado nas práticas comerciais costumeiras. A descoberta de novas rotas marítimas, a necessidade de os Estados de buscarem novas fontes de riquezas em terras distantes, bem como o conseqüente crescimento das atividades mercantis nas zonas portuárias, desembocaram no desenvolvimento de um sistema de regramento dessas relações, lastreado pelos costumes e contratos internacionais.

Apesar de não se ter acesso a elementos mais específicos, sabe-se que os fenícios se destacaram como civilização eminentemente comercial, sendo-lhes atribuível um dos grandes momentos do direito marítimo, que foi a Lex Rhodia de jactu, podendo-se registrar na alta antiguidade muitas disposições relacionadas com o comércio internacional, principalmente já naquela época dispensando tratamento aos contratos internacionais. A Grécia Antiga e a Roma Antiga também foram relevantes fontes históricas no processo de desenvolvimento do comércio internacional, decorrentes de expedições marítimas em toda a região circunvizinha do Mediterrâneo, que foi também pólo de atração dos comerciantes que traficavam as zonas que constituíram o Mundo Antigo.” (STRENGER, 1996, p. 55)

Tanto o comércio internacional como o seu auto regulamento por meio de seus próprios usos e costumes, como se pôde perceber pela lição de Strenger, remontam a tempos longínquos. Como pontuado por Hermes Marcelo Huck (1994, p. 104), “um direito dos mercadores é algo tão antigo quanto o próprio comércio”. Ainda nos delineamentos trazidos pelo autor, diversas outras manifestações normativas, em resposta às necessidades mercantis de cada civilização puderam ser observadas.

No curso do tempo, várias manifestações jurídicas no mesmo sentido são detectadas, tais como as regras de direito marítimo desenvolvidas pelo Imperador Basílio I, no século IX, as tábuas de Almagi, editadas no século XI naquela República italiana; os rolos de Oleron, surgidos no século XII na Corte de Oleron, uma ilha atlântica da costa francesa; as leis de Wisby, que desde 1350 regulavam o comércio no mar Báltico; o Consulado do Mar, ainda no século XIV, uma coletânea de costumes do comércio marítimo, reunida pela Corte Consular de Barcelona e aceita em

praticamente em todos os centros comerciais marítimos da Europa (HUCK, 1994, p. 104).

Essas práticas existentes nas relações comerciais internacionais eram aceitas, implementadas e importavam em sanções aos que as descumpriam, verificando-se, inclusive a prática da arbitragem como forma de aplicação desses usos e costumes na solução dos conflitos.

Contudo, conforme salienta HUCK (1994, p. 104), após o século XIV, há o declínio das corporações, com a assunção pelo direito comercial do Estado nacional do papel até então exercido pelo *ius mercatorum* dos comerciantes medievais.

O Estado nacional primava pela soberania e a regência para além das barreiras nacionais, a razão de existir da *lex mercatoria*, de forma que essa ia de encontro a nova ordem que se instalava no âmbito da regulamentação do comércio internacional. Complementa Huck (1994, p. 104) que “O mesmo Estado nacional, que decreta o fim do poder das corporações medievais, torna difícil a aceitação de uma *lex mercatoria* moderna”.

Assim, como a retomada do poder do Estado, intensificaram-se os processos de codificação, tendo com a publicação do Código Comercial francês, em 1807, a fase mais expressiva da atividade legislativa da época. E de acordo com Strenger (1966, p. 60) a partir dessa codificação, os problemas do comércio passaram a ser submetidos às jurisdições domésticas.

O crescimento cada vez mais intenso das relações comerciais internacionais impulsionou a adoção outros meios capazes de regular as tratativas comerciais e solucionar os entraves, que não a norma estática oferecida pelos Estados, a exemplo dos chamados contratos-tipo.

Exemplo patente dessa realidade e quase sempre mencionado é relativo à atividade profícua da London Corn Trade Association, constituída em 1877 e reorganizada em 1886, que, no comércio de venda de cereais, procurou dar certa unidade a essas operações para possibilitar a adoção de usos baseados em princípios justos e equânimes, principalmente para os contratos, cartas-partidas, conhecimentos e apólices de seguros, de modo a estabelecer a adoção de fórmulas-tipo para os contratos e diversos outros documentos utilizados na prática do comércio de cereais. (STRENGER, 1996, p. 62).

Organismos internacionais foram consolidando suas atuações em resposta à urgência por regulamentação capaz de acompanhar as manifestações comerciais fora dos limites estatais. Nesse passo, explica Strenger:

O vazio legislativo e o caráter esparso da jurisprudência não foram capazes de alcançar o desenvolvimento das relações do mercado internacional depois da Primeira Guerra Mundial e que, após diversas tentativas de codificação privada em escala nacional, a CCI (Câmara de Comércio Internacional de Paris) se ocupou do problema em 1926. (STRENGER, 1996, p.65)

Embora fosse patente a utilização de meios próprios pela comunidade e organizações internacionais na regência de suas relações, apenas na década de 60 é que ante a persistente inaptidão das normas estatais em disciplinar as dinâmicas interações do comércio internacional, é que surge uma concepção de *lex mercatoria*, no caso, uma nova *lex mercatoria*. Conforme Huck (1994, p. 105) a verdadeira certidão de nascimento de uma nova *lex mercatoria* aparece em meados dos anos 60, por meio de trabalho de Berthold Goldman.

Foi Berthold Goldman que, em 1964, detectando a existência desse direito costumeiro internacional, nascido das práticas comerciais internacionais, trouxe à tona a doutrina da nova *lex mercatoria*, em trabalho publicado nos Archives de Philosophie Du Droit, nº09, intitulado “Frontières du droit ET *lex mercatoria*.” (PHILIPPE KAN, 1982, apud, MAZZUOLI, 2003, p. 41).

Nesse sentido Huck, cita Goldman, explicitando que ele busca demonstrar que as relações do comércio internacional “parecem escapar ao império de um direito estatal, em direção a um direito uniforme integrado na legislação dos Estados que a ele tenham aderido”. (GOLDMAN, 1964, apud, HUCK, 1994, P. 106).

Os usos, costumes, contratos, convenções e regras que foram surgindo ao longo de décadas e foram sendo difundidos no meio internacional, finalmente foram evidenciados como um todo, como um conjunto de regras, como um meio fora das amarras internas dos Estados para se organizar e regulamentar o comércio internacional e as atividades a ele vinculadas.

3 | SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC) NO SEIO DA NOVA *LEX MERCATORIA*

Nessa toada de desenvolvimento e surgimento de normas do comércio internacional, ante a incapacidade de os Estados alcançarem uma regulamentação eficaz das práticas comerciais internacionais, no seio dessa nova *lex mercatoria* é que também surge a Organização Mundial do Comércio – OMC.

Embora cada Estado exercesse sua soberania sobre o comércio interno e a pretendesse lançar sobre o comércio internacional, o dinamismo das relações internacionais com todas suas peculiaridades e necessidades, forçou uma cadeia de colaboração entre as nações no âmbito de suas relações comerciais, o processo de globalização já despontava desde tempos remotos, nesse sentido destaca Paulo Estivallet de Mesquita:

O início da globalização do comércio, entendida como o estabelecimento de fluxos comerciais entre todas as regiões do mundo, remonta ao século XVI, com as navegações ibéricas. Uma data marcante é a da chegada dos primeiros galeões espanhóis, com prata mexicana, em Manila, em 1571: pela primeira vez, todos os continentes estabeleceram fluxos diretos entre si. O comércio intraeuropeu e

intra-asiático era muito maior do que o comércio intercontinental – situação que, de resto, permanece válida até hoje. Ainda assim, o período posterior a 1500 viu o início da criação de uma economia verdadeiramente global. (MESQUITA, 2013, p. 17)

Na efervescência dos fluxos comerciais entre nações, em meio aos usos e costumes balizando as práticas comerciais pelo mundo, novos meios de regulação do comércio se fizeram necessários, em 1947 alguns países criaram um ente para dinamizar as relações desse comércio internacional, deixando para trás o processo bilateral e viabilizando as negociações de forma multilateral por meio da regulamentação das barreiras alfandegárias, assim surgiu o Acordo Geral de Tarifas e Comércio, conhecido por sua sigla em inglês, GATT.

[...] o principal instrumento de regulamentação do comércio internacional ficou sendo o GATT, um acordo “provisório” negociado em 1947, em Genebra, durante a terceira das quatro reuniões do Comitê Preparatório da OIC. As cláusulas gerais do GATT inspiraram-se em larga medida no capítulo do projeto de Carta constitutiva da OIC que tratava de regras comerciais, o qual, por sua vez, tinha sido fortemente influenciado por acordos comerciais bilaterais, principalmente aqueles negociados pelos EUA depois de 1934. (MESQUITA, 2013, p. 26)

No âmbito do GATT foram realizadas oito rodadas de negociações, sendo que a última delas, a Rodada do Uruguai, resultou na criação desse novo ente e um novo aparato normativo para regulamentação do sistema multilateral.

Assim, em 1995, para abrigar mais um meio de regulamentação do comércio internacional, nasce, então, a Organização Mundial do Comércio –OMC.

A criação da Organização Mundial do Comércio – OMC, em 1995, constitui um marco nesse processo. Apesar de todas as vicissitudes por que tem passado a economia mundial e da persistência de um considerável ceticismo em relação às vantagens de um sistema liberal para o comércio internacional, a OMC consolidou-se como a administradora do conjunto fundamental de regras para o comércio internacional: o sistema de comércio multilateral. (MESQUITA, 2013, p. 17)

A nova *lex mercatoria*, no caminho de sua evolução e como lei dos mercadores que era e que ainda é, não se compunha apenas de usos e costumes esparsos, a regulamentação do comércio internacional foi se incrementando à medida que essas relações também o foram.

A comunidade do comércio internacional foi aprimorando esse sistema que era capaz de oferecer o regramento que os Estados com suas codificações estáticas não podiam, a nova *lex mercatoria* foi tomando corpo e forma nesse processo evolutivo, como bem se pode perceber pela surgimento da OMC.

E tal qual como no princípio das relações comerciais internacionais, num cenário de um sistema multilateral de comércio os conflitos, assim como todo o sistema, também cresceram, também se tornaram mais complexos e carentes de

soluções rápidas e eficientes.

A OMC, como ente regulador dessas relações, criada para este propósito, é quem passou a fornecer as bases para as relações bem como as soluções para tais contendas. Como bem informa o Itamaraty, a OMC trouxe consigo bagagem pertencente inicialmente ao GATT:

A OMC herdou do GATT um conjunto de princípios que fundamentam a regulamentação multilateral do comércio, dentre os quais se destacam: o da nação-mais-favorecida, segundo o qual um membro da OMC deve estender a todos os seus parceiros comerciais qualquer concessão, benefício ou privilégio concedido a outro membro; o do tratamento nacional, pelo qual um produto ou serviço importado deve receber o mesmo tratamento que o produto ou serviço similar quando entra no território do membro importador; o da consolidação dos compromissos, de acordo com o qual um membro deve conferir aos demais tratamento não menos favorável que aquele estabelecido na sua lista de compromissos; e o da transparência, por meio do qual os membros devem dar publicidade às leis, regulamentos e decisões de aplicação geral relacionados a comércio internacional, de modo que possam ser amplamente conhecidas por seus destinatários. (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2019).

Tendo em mente seus princípios norteadores, é necessário ressaltar sua estrutura, para tornar mais fácil a compreensão dos temas que serão abordados mais adiante neste trabalho, tendo em vista que o conflito que se apresentará nos capítulos finais, é desdobramento de toda uma estrutura histórica de desenvolvimento do comércio internacional.

Nesse sentido, temos por OMC um ente composto, principalmente, por:

A OMC é composta por diversos órgãos, sendo os principais: a Conferência Ministerial, instância máxima da organização composta pelos ministros das Relações Exteriores ou de Comércio Exterior dos membros; o Conselho Geral, órgão composto pelos representantes permanentes dos membros em Genebra, que ora se reúne como Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) e ora como Órgão de Revisão de Política Comercial; o Conselho para o Comércio de Bens; o Conselho para o Comércio de Serviços; o Conselho para os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio; os diversos Comitês, entre eles os Comitês de Acesso a Mercados, Agrícola e de Subsídios, entre outros; e o Secretariado, que tem por função apoiar as atividades da organização e é composto por cerca de 700 funcionários, chefiados pelo Diretor-Geral da OMC, cargo ocupado atualmente pelo embaixador Roberto Azevêdo. Até o presente momento, já foram realizadas onze Conferências Ministeriais da OMC, sendo elas: Singapura (1996); Genebra (1998); Seattle (1999); Doha (2001); Cancun (2003); Hong Kong (2005); Genebra (2009 e 2011); Bali (2013), Nairóbi (2015) e Buenos Aires (2017). (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2019).

Diante disso, o que se verifica é que a nova *lex mercatoria* foi se tornando mais concreta, com regras escritas, com acordos expressos e preceitos bem definidos, mas, ao contrário das legislações estáticas e inadequadas dos Estados soberanos, a nova *lex mercatoria* foi se recriando no cenário mundial, trazendo esses regramentos necessários de forma dinâmica, direcionada e evolutiva.

Esse conjunto de regras e costumes que rege o comércio internacional foi se lançando aos regramentos por meio de entidades e termos escritos não como forma de aproximação das leis estatais, mas como meio de regulamentar formalmente a atividade comercial internacional de um jeito que apenas a *lex mercatoria* seria capaz, por meio de um sistema próprio e único do comércio internacional.

E, nessa toada, tomando agora como foco a atribuição regulamentadora e, principalmente a atribuição de solução de controvérsias nas relações internacionais inerentes à OMC, passemos a analisar essa dinâmica a *lex mercatoria* e da sua concretude, pela OMC, num caso concreto de solução de uma controvérsia num conflito comercial internacional.

4 | SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO ÂMBITO DA NOVA LEX MERCATORIA: EC – HORMONES WT/DS26 E WT/DS48 16/01/1998

Após observar o surgimento e evolução desse sistema próprio de regulamentação do comércio internacional, que estabeleceu na OMC um pilar para as relações multilaterais, bem como a chave para solução das controvérsias que por ventura viessem a surgir nessas relações, será possível verificar como se dá de fato a solução de controvérsias no âmbito da nova *lex mercatoria*.

Para tanto, como forma de exemplificar o desenvolvimento da lei dos mercadores, de ilustrar a dinâmica da OMC dentro dessa estrutura de um conjunto de regras sobre comércio internacional, apresenta-se neste trabalho, ainda que de forma sucinta, o caso denominado EC – Hormones WT/DS26 e WT/DS48 16/01/1998.

No referido caso, consumidores europeus começaram a se mostrar preocupados com o crescente número de casos de disfunções hormonais apresentadas por adolescentes italianos. Esse fato foi associado ao consumo de carne tratada com hormônios, o que fez a Comunidade Européia a começar a legislar sobre restrições ao uso de hormônios de crescimento e sua utilização na indústria.

Todavia, a esse respeito, o já mencionado GATT, já havia editado legislação sobre medidas sanitárias e fitossanitárias, contudo algumas brechas foram detectadas, também em decorrência das barreiras impostas pela Comunidade Européia, assim, como algumas medidas foram tomadas, como elucida José Cretella Neto:

[...] percebeu-se que existia uma brecha na legislação do GATT 1947 que permitiria, ao menos em tese, o emprego de medidas sanitárias ou fitossanitárias, embora não disciplinasse as condições necessárias que um país deveria demonstrar, para poder aplicá-las, sem violar as obrigações ao acordo. Visualizando as possíveis conseqüências de um tratamento inadequado à questão, que pudesse admitir, no futuro, barreiras ao princípio do livre comércio, os negociadores da Rodada do Uruguai tomaram como referência a proibição da CE à importação de carne bovina tratada com hormônios, e chegou-se, por fim, ao Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (“*SPS Agreement*”), com o objetivo de evitar o

emprego desse tipo de medidas para erigir barreiras protecionistas disfarçadas, aceitando exceções às obrigações dos Membros da OMC submetidos aos acordos multilaterais, somente com fundamento em padrões científicos estabelecidos por organizações internacionais de referência. Por exemplo, padrões alimentares adorados pela Comissão do *Codex Alimentarius* desde sua criação, em 1962, têm sido utilizados por diversos países como base para estabelecer seus próprios padrões internos, recorrendo também ao *Codex* para resolver questões relacionadas ao comércio internacional de alimentos. (CRETELLA NETO, 2003, p. 314-315).

Note-se que a controvérsia entre os países em comento sobre o comércio de carne tratada com hormônio se iniciou antes da criação da OMC na Rodada de Uruguai, tanto que a contenda foi uma das razões da implementação do SPS.

Encarando a nova *lex mercatoria* como um aparato de regramento do comércio internacional, percebe-se que, como sistema dinâmico e evolutivo que é, ele se adequa. Com a criação do SPS por meio do aprimoramento de regras já existentes acerca do assunto, foi possível regulamentar as transações futuras, minimizando conflitos e, também, solucionar os já existentes.

Em razão daquelas restrições impostas pela Comunidade Européia, o comércio internacional se viu em um entrave, Estados Unidos e Canadá se viram com seu comércio de carnes para Europa travado em virtude do ocorrido.

Assim, Estados Unidos e Canadá, diante da barreira imposta pela Comunidade Européia, recorreram à recém criada OMC para que o conflito pudesse ser dirimido, de forma que em 1996 solicitaram a instauração de painel.

4.1 A solução da controvérsia pela OMC

Com a instauração do painel a pedido de Estados Unidos e Canadá cada uma das partes apresentaram suas ponderações e justificativas, tendo por base o SPS.

Nesse sentido vale ressaltar que pelo SPS os países têm soberania para definir seus respectivos níveis de proteção sanitária e fitossanitária, contudo, as medidas não podem ser aplicadas de forma discriminatória ou constituir restrições disfarçadas ao comércio.

Estados Unidos e Canadá sustentaram perante o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) que a União Européia colocou barreiras que vão além da regulamentação do Código da Comissão de Alimentação, apontaram que nenhuma das alegações da União Européia apresentou evidências científicas, o que violaria artigos do SPS, finalmente, alegaram que havia uma inconsistência na conduta da União Européia em aceitar hormônio em determinados tipos de alimentos, mas não nas carnes advindas dos Estados Unidos e Canadá.

A União Européia em sua defesa apresentou alguns estudos acerca dos efeitos do consumo de carnes tratadas com hormônios, baseando-se no princípio da precaução, justificou ainda as condutas como sendo uma elevação dos padrões do

Codex e não como barreiras.

Ante ao apresentado pelas partes, em 1997 a conclusão do painel foi a de que a proibição da importação de carnes pela União Européia estava em desacordo com o SPS. Em 1998 o Corpo de Apelação se manifestou e manteve a decisão do painel, ratificando a incompatibilidade das medidas adotadas pela União Européia com o SPS. Nesse sentido esclarece Cretella:

O Grupo Especial entendeu que a proibição da CE à importação de carne tratada com hormônios consistia em medida sanitária que não encontrava fundamento em padrões internacionais reconhecidos. Além disso, o Grupo Especial entendeu que, em diferentes situações, a CE adotou distinções arbitrárias ou injustificáveis acerca dos níveis apropriados de proteção sanitária, que resultaram em discriminação ou em restrição disfarçada (“a disguised restriction”) ao comércio internacional. O Órgão Permanente de Apelação, no Relatório WTDS26/AB/R//WTDS48/AB/R, publicado em 18.08.1998, manteve a decisão do Grupo Especial de que as medidas da CE violavam o Artigo 5(1) do SPS Agreement, ou seja, a CE não foi capaz de apresentar provas científicas concretas de que as medidas restritivas à importação destinavam-se a proteger a saúde ou a vida dos consumidores de carne bovina tratada com hormônios. (CRETELLA NETO, 2003, p. 315-316).

Desta feita, o que parecia ser uma manobra da União Européia para barrar o comércio de carne proveniente dos Estados Unidos e Canadá, foi discutida dentro de preceitos e regras exclusivamente pensados e formulados para o comércio internacional, sem a interferência direta das leis de cada país, mas sim do conjunto de normas e regras que se moldaram ao longo dos anos para acompanhar as particularidades do comércio internacional.

O comércio internacional, dentro desse sistema da *lex mercatoria*, deve fluir de forma harmoniosa, de maneira que práticas consideradas abusivas ou injustificadas não são permitidas.

5 | CONCLUSÃO

Desde os primórdios das atividades comerciais internacionais a necessidade por organização e regramento dessas relações sempre existiu e, de certa forma, essa necessidade sempre foi sendo suprida pela comunidade dos mercadores por meio de seus costumes e regras.

Com o incremento das relações do comércio internacional, os meios de reger essas interações também se tornaram mais robustos, o que se denomina por *lex mercatoria* começa a tomar forma e se ver mais expressiva, principalmente após a década de 60 com a chamada nova *lex mercatoria*.

Num contexto de exponencial crescimento tecnológico e comercial no âmbito internacional, todo o aparato normativo e regulamentador das transações comerciais internacionais, mais do que nunca se viram em posição de destaque. Como um

sistema único e direcionado que se mostrou, a nova *lex mercatoria* se consubstancia não mais num simples conjunto de regras, mas sim num sistema complexo, que traz não apenas regras, mas, também, soluções para os diversos conflitos existentes nas dinâmicas transações internacionais do comércio.

A *lex mercatoria* como conjunto de regras próprio do comércio internacional que é, rege toda a gama de relações dele advindas, de forma que os países inseridos nesse meio levam seus conflitos para serem tratados dentro desse contexto internacional e não por seu sistema interno de solução de conflitos.

Assim, como demonstrado no presente trabalho, Estados Unidos e Canadá, ao solicitarem o painel dentro da OMC, reafirmam a idéia de uma lei própria dos mercadores, de um sistema único e específico, surgido e aprimorado dentro desse universo de transações internacionais, para que estas pudessem se desenvolver da forma mais dinâmica possível, sem entraves ou barreiras abusivas e injustificadas.

As leis específicas de cada país não se adéquam e tampouco se aplicam a esses casos, o contexto do comércio internacional está muito além do que a lei dos estados nacionais podem prover, assim, a nova *lex mercatoria*, esse sistema de regras e práticas do comércio internacional, é a responsável por ordenar, regulamentar e solucionar controvérsias na vastidão do comércio internacional.

REFERÊNCIAS

ACORDO DE MEDIDAS SANITÁRIAS E FITOSSANITÁRIAS - SPS. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>>.

HUCK, H. M. **Sentença Estrangeira e “Lex Mercatoria”**: horizontes do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994.

MAZZUOLI, V. D. O. A nova *lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional (Um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde). **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica**, Bauru, n. 37, p. 39-73, maio- agosto 2003.

MESQUITA, P. E. **A Organização Mundial do Comércio**. Brasília: FUNAG, 2013.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Organização Mundial do Comércio**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/132-organizacao-mundial-do-comercio-omc>>. Acesso em 17 jul 2019.

OMC, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, WT/DS26/R/USA Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), report, 1997. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds26_s.htm

STRENGER, I. **Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria**. São Paulo: LTR, 1996.

A TRIVIALIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Data de aceite: 27/02/2020

Data de submissão: 03/12/2019

Igor Matheus Bueno da Rocha Andrekonski

Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA,
Curitiba - Paraná

lattes.cnpq.br/4177319607420685

Alberto Luiz Hanemann Bastos

Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba
– Paraná

lattes.cnpq.br/9865382482535945

RESUMO: Pretende-se elucidar o intrincado contexto de banalização do mandado de segurança perante o Poder Judiciário. Primeiramente, destaca-se que a indeterminação do conceito de “direito líquido e certo” instiga o cabimento demasiadamente amplo do *mandamus*. Diante da famigerada “cultura do litígio”, vê-se que as benesses ínsitas ao mandado de segurança, mormente a sua celeridade e a ausência de delimitação de verbas sucumbenciais, estimulam a sua utilização excessiva e, por muitas vezes, abusiva. Nesse contexto, o *writ* vem sendo utilizado de maneira desmedida, sem qualquer cisão efetiva entre as demandas que efetivamente resguardam “direitos líquidos e certos” em face daquelas carentes de substância jurídica. Assim, são propostas duas possíveis soluções para conter

a impetração temerária e frívola do remédio constitucional, sendo estas: (i) a elevação do rigor dos “filtros processuais” previstos na tramitação do *writ*; e (ii) a cominação de multa por litigância de má-fé.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de Segurança; Trivialização; Abuso do Remédio Constitucional; Impetração Inadequada.

THE TRIVIALIZATION OF INJUNCTION

ABSTRACT: The aim is to elucidate the intricate context of the banalization of the writ of mandamus before the judiciary. First, it points out that the indeterminacy of the concept of “clear and perfect right” instigates the overly broad scope of mandamus. Faced with the notorious “culture of litigation”, it can be seen that the benefits inherent to the writ of mandamus, especially its speed and the lack of delimitation of sums of money, stimulate its excessive and often abusive use. In this context, the writ has been used unreasonably, without any effective split between the demands that effectively protect “clear and perfect rights” against those lacking legal substance. Thus, there are two possible solutions to contain the reckless and frivolous impetus of the constitutional remedy, namely: (i) the elevation of the rigor of the “procedural filters” provided by the writ procedure; and (ii) the comminution of a fine for foul play litigation.

KEYWORDS: Writ of Mandamus; Trivialization; Inadequate Litigation.

1 | INTRODUÇÃO

Cuida-se da análise crítica do mandado de segurança, especialmente naquilo que tange à sua indevida impetração para o resguardo de interesses alheios àqueles abrangidos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional.

Com efeito, o desenho procedimental do *writ*, através da limitação da dilação probatória, visa promover a célere reintegração e defesa da garantia violada. Ocorre que, existe certa deficiência no procedimento típico previsto na Lei n.º 12.016/2009 - a qual disciplina o *mandamus* individual e coletivo -, que coloca em dúvida a existência de procedimento sistematizado.

Nesse sentido, há um crescente assoberbamento da máquina judiciária, em razão da litigância demasiada e da movimentação excessiva do processo. Constantemente, são demandadas pretensões que não justificam o acionamento do Estado a prestar a tutela jurisdicional, razão pela qual a presente pesquisa visa criticar a impetração do remédio constitucional em casos evidentemente inadequados e, não raro, guiados por motivações escusas - visando prevalecer-se das benesses ínsitas ao rito do mandado de segurança.

As investigações visam analisar, de início, o procedimento do *mandamus*, bem como sua estruturação conceitual, e ainda, posteriormente, analisar o suposto nexos causal existente entre os fenômenos da “cultura do litígio” e da “mercantilização de direitos subjetivos” e a superlotação do judiciário para com mandados de segurança carentes de matéria, substância ou importância significativa.

Ainda, são propostas duas possíveis soluções para conter as demandas temerárias e frívolas. Ao final, para além da análise crítica do *mandamus*, ressalta-se a possível aplicação de filtros processuais rígidos durante o processamento do *writ*, bem como através da cominação de multa por litigância de má-fé.

2 | O RITO PROCEDIMENTAL DO MANDADO DE SEGURANÇA: AMPLITUDE DO CABIMENTO COMO “BRECHA” PARA EVITAR A FILA DE ACESSO AO JUDICIÁRIO

De acordo com Watanabe (1997), o mandado de segurança foi acolhido no ordenamento jurídico brasileiro em 1934 com a evolução doutrinária do *habeas corpus*, permanecendo ao longo dos textos constitucionais, exceto naquele promulgado em 1937. Hodiernamente, o *writ* encontra-se consagrado entre as ações constitucionais positivadas na carta magna de 1988, especificamente no art. 5º, LXIX, bem como na Lei n.º 12.016/2009 que disciplina seu rito procedimental.

O legislador constituinte elaborou a seguinte disposição: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art. 5º, LXIX). É consabido, portanto, que tal ação perfaz remédio constitucional que possui o elevado desiderato de amparar direito individual ou coletivo, líquido e certo, violado por ato ilegal do poder público. Ainda, seu regramento traz à tona de que se trata de medida residual. Ora, só tem cabimento quando não houver amparo por outros remédios constitucionais como *habeas data*, *habeas corpus*, etc. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 432).

Conforme já dito, a legitimidade ativa do *writ* pode vestir-se tanto como demanda individual, como coletiva. Isso em razão de que a jurisprudência pátria elenca como impetrante individual a pessoa natural; órgãos públicos despersonalizados; universalidades patrimoniais; pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, domiciliada no Brasil ou no exterior. Por outro lado, o art. 5º, inciso LXX prevê a natureza coletiva quando tratar-se de partido político; organização sindical; entidade de classe; e, associações.

Quanto à legitimidade passiva, a disposição constitucional refere-se à autoridade coatora, aquela responsável por praticar ilegalidade ou abuso de poder. Importa ressaltar de forma sintética, que a ilegalidade e o abuso de poder, por sua vez, a primeira refere-se aquele ato vinculado, e o segundo ao ato discricionário, ambos praticados pela autoridade ou pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público (MEDINA; ARAÚJO, 2019, p. 33).

Evidentemente, não basta a legitimidade para impetrá-lo, mas é requisito essencial, para se aferir o cabimento do *mandamus*, a figura de direito líquido e certo. Isto é, aquele direito que não demonstra dúvida acerca dos fatos narrados pelo impetrante (MEDINA; ARAÚJO, 2019, p. 34). Convém repetir as palavras do Pretório Excelso, pois o “direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documento inequívoco”, ou seja “labora em torno de fatos certos e como tais se entendem aqueles cuja existência resulta de prova documental inequívoca” (RTJ 83/855, Rel. Min. SOARES MUÑOZ).

Segundo melhor doutrina (MEDINA; ARAÚJO, 2019, p. 40), a expressão “direito líquido e certo” sempre foi alvo de críticas, todas procedentes. Em verdade que a expressão direito líquido e certo torna o cabimento do *mandamus* sempre muito amplo, abarcando incontáveis possibilidades para sua impetração. Isso resulta na ausência de parâmetros firmes, que indiquem aquilo que é útil e merece gasto de energia por parte do poder judiciário, e apontem aquela demanda que simplesmente está fadada ao fracasso existindo, somente, para ocupar, indevidamente, o precioso espaço na “fila” de processos do poder judiciário.

Embora de amplo cabimento conforme razões supra, no rito procedimental previsto na Lei n.º 12.016/2009 é nítida a prevalência da celeridade – o art. 17, da referida lei prevê a urgência da publicação da decisão, aqui observa-se a concretização do princípio da razoável duração do processo – e concentração.

Refere Medina (2019), que a cognição no *mandamus* é parcial e sumária, pois o seu objeto está restrito ao exame do ato ilegal ou abusivo, ou ainda, pela demonstração da omissão ilícita. Sumariamente, pelo fato da aceleração do procedimento marcada pela ausência de fase instrutória, pois há restrição quanto à produção probatória eminentemente documental (MEDINA; ARAÚJO, 2019, p. 116). Tais características do rito revelam-se como uma verdadeira benesse, pois proporcionam um acionamento ágil e obtenção de resposta rápida do poder judiciário.

Não somente a celeridade pode ser elencada entre as benesses da Lei n.º 12.016/2009, mas outras previsões como a ausência de efeito suspensivo em grau recursal; a vedação aos ônus sucumbenciais (art. 24); a prioridade no julgamento (art. 20).

Assim, verifica-se uma problemática no procedimento típico previsto na Lei n.º 12.016/2009 - a qual disciplina o *mandamus* individual e coletivo -, há dúvidas acerca existência de procedimento sistematizado, ou eficaz, para promover a concretização do direito fundamental à segurança previsto no texto Constitucional. A mencionada “situação” ampla de cabimento, aliada às benesses ínsitas ao rito do mandado de segurança como a celeridade, a ausência de ônus sucumbenciais, bem como a ausência de efeito suspensivo em grau recursal, é vista como uma oportunidade pelos jurisdicionados, ao passo observam um atalho para escapar das vias processuais ordinárias.

A título exemplificativo, para demonstrar a delimitação da problemática que será abordada no capítulo seguinte, podemos observar uma situação corriqueira da vida forense: aquele cidadão que teme não possuir condições de usufruir da assistência judiciária gratuita e utiliza-se do mandado de segurança para não pagar custas, honorários e, ainda, obter rapidamente uma resposta do judiciário. Ora, nesse caso, se há receio de pagar custas em ação ordinária, através da amplitude do cabimento do mandado de segurança, por óbvio, não havendo restrições no rito procedimental da ação, o jurisdicionado irá socorrer-se ao mandado de segurança.

3 | DIAGNÓSTICO: O MANDADO DE SEGURANÇA BANALIZADO

É consabido que o direito processual civil se amolda, de modo mais afinado, às filigranas funcionais do direito público. Com razão, Owen Fiss denotou que a função do processo civil e da atividade judicante é a de “conferir significado concreto

e aplicação aos valores constitucionais” (FISS, 2004, p. 36) e, no mesmo passo, Marinoni, Arenhart e Mitidiero anotam que a jurisdição possui como substrato elementar a efetivação da tutela dos direitos materiais prometidos pelo constituinte e pelo legislador infraconstitucional (ARENHART, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 162-163). Seja mediante provimentos de reduzida monta – em mandados de segurança individuais – ou através de amplas alterações na forma como se travam as relações burocráticas entre os cidadãos e as instituições que os rodeiam – em mandados de segurança coletivos –, premente que o pronunciamento judicial emanado plasme, na concretude dos fatos, os preceitos indicados na Constituição Federal.

Ao fim, intui-se que o *processo* perfaz instrumento que não visa tão somente o manejo das vontades egoísticas dos litigantes (ou, quiçá, do lucro por eles almejado); muito além disso, “a atuação processual envolve um *feixe complexo* de questões que passam por interesses da comunidade e da própria administração estatal” (ARENHART, OSNA, 2015, p. 112).

Na realidade forense hodierna, entretanto, mostra-se indelével o diagnóstico de que as constatações supramencionadas foram esfaceladas, sobretudo pela ascensão da famigerada “cultura do litígio”. Conforme acentua Becker, o cenário de explosão do uso das vias judiciárias decorreu, em parte, da “cultura jurídica pós-88, quando a CF abriu a tampa da panela de pressão que continha a litigiosidade (em economês: reprimia a demanda) mediante os expedientes ditatoriais da CF/69” (BECKER, 2012, p. 71); além disso, destaca o autor que “outro ingrediente a ser considerado é a leniência do Judiciário na condenação do *improbis litigator*” (BECKER, 2012, p. 69), isto é, a ausência de punição dos indivíduos que utilizam o processo judicial como subterfúgio para a prática de condutas protelatórias e carentes de qualquer finalidade lícita; também, ressalta que a elevada concorrência do mercado da advocacia gera fissuras no “freio ético” da profissão, razão pela qual “o advogado que, por motivos éticos, recusa a causa fadada ao fracasso apenas perde o cliente para o seu vizinho, mas não impede que essa causa chegue ao judiciário” (BECKER, 2012, p. 72); dessa maneira, vê-se que o “provável fracasso na causa não é suficiente para tornar a aventura jurídica um empreendimento não lucrativo: para a parte, pode ser a protelação de um pagamento [...] para o advogado, há os honorários contratuais, líquidos e certos” (BECKER, 2012, p. 72).

Tudo isso em conta, em contrapartida à ideia de jurisdição estrutural, idealizada sobretudo pelos estudos da doutrina norte-americana (FISS, 2004, p. 25-104), é possível se deparar com um cenário no qual os direitos subjetivos – inclusive àqueles dotados de liquidez e certeza probatória – transformam-se em mercadorias, possuindo, correlatamente, um *custo* e um *valor de troca*, cambiados no balcão do poder judiciário (BECKER, 2012, p. 73). A partir desta visão, todos os direitos

subjetivos passam a figurar como mera ferramenta cambiária, contribuindo para um cenário no qual a litigância presta-se ao enriquecimento e, quiçá, investimento dos postulantes – ótica que se distancia, em muito, da nobre função de resguardo dos direitos fundamentais denegridos.

Indubitavelmente, como bem elucida Rodolfo Camargo Mancuso, promoveu-se um cenário no qual “todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito deve, de pronto, ser repassado à Justiça estatal, numa sorte de *ligação direta* que acaba por insuflar a contenciosidade judicial e desestimular a *verdadeira cidadania*” (MANCUSO, 2019, p. 32).

O fenômeno da mercantilização da litigância, somado à expansão ilimitada das controvérsias que são remetidas à via judicial, desperta um ímpeto notável naqueles que batem às portas do judiciário: procura-se, quase que inconscientemente, a via processual que seja mais *rápida* e, ao mesmo tempo, menos *custosa* para a obtenção do interesse almejado. Isso porque a decisão privada entre ajuizar – ou não – uma demanda é tomada através do balanceamento entre a magnitude dos benefícios que o indivíduo espera com a litigância e os custos que o processo judicial poderá lhe impingir (BODART, FUX, 2019, p. 34-35).

Tais fatores possuem ínsita ligação para com a questão da trivialização do mandado de segurança. Como exposto alhures, o *writ* não gera quaisquer ônus sucumbenciais às partes e, ainda por cima, possui prioridade de tramitação – salvante em relação às hipótese de julgamento de *habeas corpus* –, razão pela qual é possível constatar que o *mandamus* possui custos praticamente nulos e possibilita a concessão do bem almejado de modo muito menos moroso em relação às demandas ordinárias.

Ora, bem vistas as coisas, o mandado de segurança mostra-se como sedutora via de busca por pretensões de qualquer índole – sejam elas fundadas em relevantes preceitos constitucionais ou em infortúnios carentes de relevância jurídica –, porquanto, ainda que perdendo a demanda, o impetrante ainda poderá ajuizar a sua pretensão nas vias ordinárias, enquanto o seu *writ* celeremente transita em julgado nos escaninhos do Poder Judiciário.

Por todos esses fatores, não raro mandados de segurança são impetrados para: (i) vindicar direitos que não tem “na forma nem na matéria, substância ou importância significativa a permitir que se acione o órgão de cúpula do Poder Judiciário” (STF, MS 36.667, 2019, p. 5); (ii) requerer pedidos que, evidentemente, dependem de complexo raciocínio probatório; e (iii) para mera cobrança perante o poder público.

É comum que o *mandamus* abrigue as assim chamadas “demandas frívolas”, as quais, embora dotadas de baixa probabilidade de êxito, não impingem maiores consequências ao autor e, em caso de eventual procedência, ensejarão um ganho considerável. Nesse sentido, é fácil conjecturar hipóteses em que contribuintes

impetram mandados de segurança, com vistas à restituição de indébito tributário, apresentando documentos cuja interpretação demandam complexos cálculos contábeis; é fácil imaginar situações nas quais o *mandamus* é impetrado para reaver uma terra desapropriada, sob a fundamentação de que o seu direito “*líquido e certo*” residiria em complexas representações gráficas que supostamente indicariam a ausência de prejuízo a qualquer reserva legal protegida por órgãos ambientais; são comuns os episódios em que uma decisão judicial é impugnada pela via do *writ*, a título de sucedâneo recursal, tão somente porque a fundamentação exarada diverge dos interesses do impetrante.

Por evidente, não se sugere uma ótica reducionista do fenômeno da litigância, na qual toda e qualquer demanda deva ser recepcionada com desconfiança pelo Poder Judiciário – tal lógica, inclusive, violaria frontalmente os deveres de cooperação e presunção de boa-fé entre as partes e o magistrado, inculpidos nos artigos 5º e 6º do Código de Processo Civil. Entretanto, imperioso consignar que inexistem critérios aptos a segregar efetivamente as demandas que abarcam questões juridicamente tuteláveis em face daquelas que englobam pretensões carentes de qualquer relevância jurídica, fundadas em dissabores comezinhos ou em pretensões que poderiam ser inteiramente solucionadas mediante diálogos extraprocessuais.

Incontáveis são os mandados de segurança ajuizados e, por conseguinte, numerosos são aqueles envoltos em interesses que sequer comportariam apreciação por este específico expediente processual. A excessiva utilização deste mecanismo judicial enseja, inarredavelmente, o abarrotamento da máquina judiciária e a diminuição de sua eficiência na prestação da tutela tempestiva, efetiva e adequada dos direitos que foram realmente violados por ato ilegal. É o que sabiamente aponta Becker:

[...] a massificação do uso deturpado do *writ* acarreta a perda de fato (embora não de direito) dos atributos de sua excepcionalidade. Se o *mandamus* é manipulado em desatenção aos pressupostos processuais que lhes são próprios, todos têm direito ao mandado de segurança. Com isso, todos têm prioridade; ou seja, ninguém tem prioridade. Os mandados de segurança, assim, tornaram-se tão ordinários que constituem mais um poço de morosidade, logo acima do valhacouto das ações ordinárias. (BECKER, 2012, p. 86)

Outrossim, são escorreitos os apontamentos de Erik Navarro Wolkart, cujas indagações, embora se refiram à morosidade das demandas preferenciais elencadas no art. 1.048 do CPC, são aptas a elucidar a problemática da trivialização do mandado de segurança:

Será que conceder atendimento preferencial para quase 100 milhões de pessoas é conceder algo efetivamente diferenciado para cada uma delas, ou é basicamente continuar prestando uma jurisdição morosa etiquetada de preferencial? (WOLKART, 2019, p. 140-141).

Adotando o mesmo raciocínio do questionamento acima citado: será que processar todos os mandados de segurança impetrados significa transformar o remédio constitucional numa ação ordinária etiquetada de preferencial?

De certa forma, os dados do relatório *Justiça em Números* falam por si: no âmbito da Justiça Estadual, a duração de um processo perfaz a média aproximada de 7 (sete) anos; na Justiça Federal, este lapso dispara para o íterim de 8 (oito) anos (CNJ, 2018, p. 143-145). Embora não constem pormenores sobre o tempo médio de duração da tramitação dos mandados de segurança impetrados em primeiro grau, a partir dos presentes informes, é possível constatar o sintomático quadro de ineficiência da jurisdição pátria.

Assim, faz-se premente a estruturação de uma análise crítica do cabimento do mandado de segurança, sobretudo para recuperar a sua justificativa existencial mais elementar, a saber, a reconstituição célere das garantias violadas, ou ameaçadas de violação, em razão de abusos cometidos pelo poder público (ARENHART, 2018, p. 508-510). Deve-se redesenhar os contornos procedimentais deste trâmite para que as demandas realmente fundadas em direitos *líquidos e certos* sejam prestigiadas com a celeridade ínsita do *writ*, ao passo que as demandas inaptas a elucidar, de imediato, a garantia violada sejam descartadas já no início do processo – evitando movimentações desnecessárias da máquina judiciária.

É perceptível, inclusive, a intenção do legislador de promover a ágil solução das demandas corroboradas com prova pré-constituída, eis que o grau de “certeza” da existência do direito é maior em relação àquelas que demandam instrução probatória; perfaz-se um nítido intuito de promoção do postulado da *razoabilidade* no altiplano processual, conforme elucidam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Quando o que o autor alega pode ser demonstrado de plano, *o bom senso aponta para a desnecessidade de se ter um procedimento igual ao que serve ao direito que exige provas mais elaboradas, como a testemunhal e a pericial*. Nesse caso, basta um procedimento documental, *ou melhor, um procedimento em que somente possam ser produzidas provas do tipo documental – obviamente que quando necessárias*. (ARENHART, MARINONI, 2018, p. 350)

A assim chamada “cultura do litígio”, a mercantilização dos direitos subjetivos, bem como o abarrotamento do poder judiciário, acarretaram a “ordinarização do ‘remédio heroico’, qual um antibiótico cujo uso indiscriminado aumentou a resistência microbiana, tornando-o tão inócua que provoca, no máximo, um efeito placebo” (BECKER, 2012, p. 88). O magnânimo *mandamus*, outrora teorizado como uma blindagem dos direitos fundamentais em face do abuso estatal, trivializou-se, portanto.

4 | CONCLUSÕES: ENRIJECIMENTO DOS FILTROS PROCESSUAIS E COMINAÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Com o objetivo de inibir o fenômeno elucubrado, serão delineadas duas possíveis soluções para conter a impetração de mandados de segurança temerários e frívolos, sendo estas: (i) a elevação do rigor dos “*filtros processuais*” previstos na tramitação do *writ*; e (ii) a utilização da multa por litigância de má-fé, disposta no artigo 81 do Código de Processo Civil.

Não se olvida a contundente crítica doutrinária de que providências desta índole implicariam restrição das cláusulas do *acesso à justiça* e da *inafastabilidade da jurisdição*, pontificados no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Inobstante, é igualmente necessário ponderar que o direito de *acesso à justiça* não se confunde com a autorização do exercício irrestrito do direito de ação.

Isso porque o feixe de garantias fundamentais ligadas ao *direito de ação* “não se exaure com a apresentação da petição inicial” (MARINONI, 2018, p. 389); muito mais do que isso, “a ação é direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo” (ARENHART, MARINONI, MITIDIERO, 2018, p. 164). Portanto, é intuitivo cogitar que o *direito de ação* perece quando a tutela é implementada tardiamente; o *direito de ação* sucumbe quando a tutela não é efetiva para ressarcir o prejuízo suportado ou inibir a ameaça de dano; o *direito de ação*, antes de mais nada, falece quando o poder judiciário não possui condições materiais e estruturais para acalantar as demandas que lhes são requisitadas.

Junto de Gustavo Osna, constata-se que o campo processual também possui “limitações *objetivas* trazidas pelos *custos* e pela *escassez*”, razão pela qual, conquanto seja desejável que todas as demandas sejam processadas e avaliadas pormenorizadamente desde a propositura da petição inicial até o trânsito em julgado, “é sabido que isso não é viável” (OSNA, 2016, p. 132). Por isso, as propostas elencadas na sequência não visam mitigar a cláusula do *acesso à justiça*; ao contrário, visa-se redimensionar os contornos da referida garantia, com o objetivo de criar um cenário no qual a instância judicial se torne apta a tutelar de modo efetivo, tempestivo e adequado os direitos prometidos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional.

A primeira das soluções propostas para a cominação da trivialização do mandado de segurança se trata da elevação do rigor dos filtros processuais previstos na tramitação do *writ*. Com efeito, os filtros processuais consistem nas autorizações dadas ao juízo “para que se decida entre encerrar o processo imediatamente ou prosseguir para a próxima etapa, a qual geralmente envolve novos custos empregados na obtenção de mais informações” (BODART, FUX, 2019, p. 107).

No procedimento comum desenhado no Código de Processo Civil – aplicável, com as devidas adaptações, ao rito previsto na Lei 12.016/2009 –, existem dois

principais filtros processuais constatáveis: primeiro, o indeferimento da petição inicial (art. 330 do CPC) e a improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC); segundo, o julgamento conforme o estado do processo (arts. 354, 355 e 356 do CPC). De acordo com Luiz Fux e Bruno Bodart, o primeiro destes filtros é extremamente permissivo, ao passo que o segundo possui elevado rigor:

O filtro inicial do procedimento comum brasileiro é consideravelmente permissivo e praticamente não deixa margem de discricionariedade para o julgador decidir entre a rejeição imediata da causa ou a continuidade da marcha processual. Em contrapartida, o filtro intermediário, qual seja, o julgamento conforme o estado do processo, confere ao magistrado ampla discricionariedade para decidir sobre o encerramento imediato ou o prosseguimento a uma etapa adicional, pois possui prerrogativa de indeferir “diligências inúteis ou meramente protelatórias” (art. 370, parágrafo único, do CPC/2015). Pode-se dizer, então, que o rito padrão contemplado no Código de 2015 é um processo multifásico com filtro inicial permissivo e filtro intermediário restritivo, ao passo que o formato mais eficiente de processo se inicia com um filtro rigoroso seguido de filtros cada vez mais brandos. (BODART, FUX, 2019, p. 123)

Em se tratando da tramitação do mandado de segurança, é também usual que o primeiro filtro processual supracitado seja eminentemente brando, vez que os julgadores somente lançam mão do indeferimento da petição inicial e da improcedência liminar do pedido em situações excepcionais de inépcia da petição ou de patente ilegalidade da pretensão requisitada.

Inobstante, existe uma peculiaridade inerente à impetração do *writ* que não pode ser descartada. Como já exposto, o mandado de segurança somente pode ser processado caso amparado em “direito líquido e certo comprovado de plano” (MEIRELLES, 1963, p. 40), ou seja, na acurada percepção de Sérgio Cruz Arenhart, a pretensão do *mandamus* necessariamente exige que “as afirmações de fato trazidas pelo autor na petição inicial sejam demonstradas de pronto, por meio de prova documental” (ARENHART, 2018, p. 509).

Ocorre que o arcabouço do sistema processual pátrio possui uma peculiaridade em seu primeiro filtro processual que raramente é apercebida no cotidiano forense. Nesse sentido, o artigo 320 do Código de Processo Civil dispõe que “a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”. Ora, se o direito *líquido e certo* perfaz pressuposto indispensável para a admissibilidade do mandado de segurança, seria plenamente viável que o magistrado indeferisse, de plano, a petição inicial do mandado de segurança caso repute inexistente qualquer prova pré-constituída que ampare as suas alegações. Desde que oportunizada a emenda à petição inicial, nos moldes do artigo 321 do Código de Processo Civil, poderá o magistrado barrar o processamento de mandados de segurança temerários nos momentos iniciais do processo, resguardando o tempo necessário para a avaliação detida das efetivas violações de garantias fundamentais. De acordo com as lições de

Luiz Fux e Bruno Bodart, a partir desta lógica, averiguar-se-ia “se o autor instruiu seu pedido com provas que poderia razoavelmente obter, consideradas indispensáveis para que não haja um exercício abusivo do direito de acesso à justiça” (BODART, FUX, 2019, p. 125-126).

Outrossim, a segunda medida proposta se trata da cominação da multa por litigância de má-fé em razão da impetração abusiva do mandado de segurança. O atual ordenamento processual descreve as condutas que qualificam a litigância de má-fé no artigo 80 do Código de Processo Civil, as quais, caso constatadas pelo magistrado, poderão ensejar a cominação de multa ou de indenização; conforme José Ricardo Alvarez Vianna, “será multa quando tiver a finalidade exclusiva de penalizar processualmente a conduta ofensiva à boa-fé”, ao passo que “será indenizatória nas situações em que, além de ofender a boa-fé processual, produzir danos a uma das partes” (VIANNA, 2018).

De início, pode-se cogitar que a punição da litigância de má-fé possui o escopo primordial de punir o indivíduo que utilize de modo abusivo a sua prerrogativa de acionar o Poder Judiciário. Todavia, existe uma função eclipsada neste debate: a repreensão do litigante de má-fé também possui a função de ensejar a cooperação entre os sujeitos processuais. É o que salienta o escólio doutrinário:

(...) sem a presença do poder controlador, os indivíduos não tenderiam à cooperação, que se daria justamente pelo receio da possibilidade de aplicação de uma sanção pelo poder soberano. Nesse sentido, o papel da cooperação que ocorre pelo temor de uma possível sanção estatal pode ser relacionado (sem buscar-se uma identificação completa, mas apenas um auxílio na compreensão do fenômeno) com a existência de um controle das relações processuais por um poder centralizado e dotado de força e coercibilidade. (VASCONCELOS, VASCONCELOS, 2019)

A impetração desmedida do *mandamus* decorre sobretudo da ausência de coercibilidade do Estado-juiz no curso processual. Becker, nesse sentido, leciona que a punição da litigância de má-fé desponta como uma ferramenta idônea para inibir a litigância frívola, mormente porque, ao se evidenciar a multa como uma possível consequência do abuso do direito de ação, torna-se possível que os *writs* não amparados por prova pré-constituída evidente, ou fundados em frágeis condutos jurídicos, passem “a ser um mau negócio” (BECKER, 2012, p. 78-79).

Sendo assim, é preciso afastar a conviência dos atores processuais para com a litigância frívola (OSNA, 2016, p. 133), para que os litigantes temerários efetivamente vislumbrem desvantagens econômicas para a impetração de mandados de segurança indevidos, diminuindo o contingente de remédios constitucionais pendentes de análise e, conseqüentemente, reestruturando a tramitação célere e adequada dos mandados de segurança envolvidos em efetiva violação de direito *líquido e certo*.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao art. 5º, LXIX, da Constituição Federal**. In: Comentários à Constituição do Brasil. Coord.: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- _____; OSNA, Gustavo. **Os “acordos processuais” no novo CPC - aproximações preliminares**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v. 4, n. 39, abr./2015.
- BECKER, L.A. **O dilema dos litigantes: Processo Civil e a Teoria dos Jogos**. In: Qual é o jogo do processo? 1. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 2012.
- BODART, Bruno; FUX, Luis. **Processo civil e análise econômica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- CNJ. **Justiça em Números 2018**. Ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 30.11.2019.
- _____. **As formas de justiça**. Trad.: RÓS, Melina de Medeiros; SILVA, Porto Godinho da. In: Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. Coord.: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. 2. ed. 2018.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo, Comentários à Lei n.º 12.016/2009**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MEIRELLES, Helly Lopes. **Problemas do mandado de segurança**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 73, jun./1963. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25201/23997>. Acesso em: 28/11/2019.
- OSNA, Gustavo. **Do “ceticismo moderado” ao “panprocessualismo”: atando as pontas por um processo real**. Tese de Doutorado - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação, Curitiba, 2016.
- STF, **Mandado de segurança 36.667/DF**. Rel.: Min. Carmen Lúcia, Decisão Monocrática, J.: 10.09.2019.
- VASCONCELOS, Maria Teresa; VASCONCELOS, Ana Paula. **A Cooperação Hobbesiana e o Direito Processual: uma análise a partir da Teoria dos Jogos**. Revista de Processo, vol. 292, jun./2019.
- VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Apontamentos sobre a litigância de má-fé no CPC/2015**. Revista de Processo, ano 43, vol. 280, jun./2018.
- WATANABE, Kazuo. **Mandado de segurança contra atos jurisdicionais**. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 66, abr./1997.
- WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil - como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

A VIGILÂNCIA DOS DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES FRENTE À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Data de aceite: 27/02/2020

Data de submissão: 02/12/2019

Pedro Henrique Hermes

Faculdade Antonio Meneghetti

<http://lattes.cnpq.br/1086414991223763>

Roberta de Oliveira Sutel

Faculdade Antonio Meneghetti

<http://lattes.cnpq.br/8114591935851617>

Rosane Leal da Silva

Universidade Federal de Santa Maria/Faculdade
Antonio Meneghetti

<http://lattes.cnpq.br/1218962383221912>

RESUMO: A crescente utilização da internet por parte de crianças e adolescentes é tema constantemente pautado, em especial pela forma como é utilizada pelos jovens internautas nativos digitais. O debate foi ampliado principalmente após a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que, ao lado do Marco Civil da Internet, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da própria Constituição da República, vêm trazer amparo à navegação na internet pelo público jovem. Nesse sentido, o presente trabalho objetiva responder ao seguinte questionamento: quais são e qual a efetividade dos mecanismos do ordenamento brasileiro que visam proteger os dados pessoais e informações sensíveis da

criança e do adolescente internautas na rede? Para tanto, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, realizando-se um breve estudo acerca da doutrina da proteção integral com leituras cruzadas e diálogos com a obra *Vigilância Líquida*, de Bauman e Lyon, contrastando-se as formas de proteção de crianças e adolescentes pelas legislações existentes no ordenamento jurídico brasileiro, o que foi feito com o auxílio do método de procedimento monográfico. Dessa maneira, foi possível concluir que o diversos diplomas que protegem os direitos inerentes às crianças e adolescente carecem de efetividade plena dentro da rede, principalmente por lacunas legislativas no tocante aos procedimentos de autorização e tratamento de seus dados pessoais, mesmo após o advento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a qual, certamente, imbricará novos debates acerca da matéria quando entrada em vigor.

PALAVRAS-CHAVE: dados pessoais; vigilância na internet; proteção integral; crianças e adolescentes.

THE SURVEILLANCE OF PERSONAL DATA OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE FRAMEWORK OF THE GENERAL LAW OF PERSONAL DATA PROTECTION AND THE DOCTRINE OF INTEGRAL PROTECTION

ABSTRACT: The growing use of the Internet by children and adolescents is a constant theme, especially as it is used by young digital natives. The debate was amplified mainly after the promulgation of the General Law of Protection of Personal Data, which, along with the Internet Civil Registry, the Statute of the Child and the Adolescent and the Constitution itself, bring protection to the Internet browsing by the public young. In this sense, the present work aims to answer the following question: what are and what is the effectiveness of the mechanisms of the Brazilian order that aim to protect the personal data and sensitive information of the child and adolescent in the network? To do so, the method of deductive approach was used, and a brief study was carried out on the doctrine of integral protection with cross-readings and dialogues with the work Net Surveillance, of Bauman and Lyon, contrasting the forms of protection of children and adolescents by the legislation existing in the Brazilian legal system, which was done with the help of the monographic procedure method. In this way, it was possible to conclude that the various diplomas that protect the rights inherent to children and adolescents lack full effectiveness within the network, mainly due to legislative gaps in the procedures for authorization and treatment of their personal data, even after the advent of the Law General for the Protection of Personal Data, which will undoubtedly entwine further discussions on the subject when it comes into force.

KEYWORDS: personal data; internet surveillance; integral protection; children and adolescents.

1 | INTRODUÇÃO

A internet ascendeu no Brasil em meados da década de noventa e, paulatinamente, ganhou inúmeros novos usuários que a utilizam para se comunicar, trocar dados e informações. No entanto, ela apenas teve substancial regulamentação no ano de 2014, com a promulgação do Marco Civil da Internet, ao contemplar uma série de disposições que trouxeram direitos e deveres tanto aos internautas, quanto aos provedores.

Atualmente, a internet se encontra ao alcance de muitas pessoas e é intensamente utilizada, em especial das crianças, tidas como nativos digitais, pois nasceram e estão crescendo em período de grande ascensão e utilização da tecnologia informacional. Apesar disso, a exponencial integração de crianças dentro da rede carrega consigo uma série de preocupações e questionamentos acerca da adequada utilização das tecnologias da informação, principalmente pela situação de vulnerabilidade dos infantes frente à magnitude da internet e uso e tratamento desmesurado dos seus dados pelos provedores. Diversas legislações, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, Marco Civil da Internet e, mais recentemente, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, buscam enfrentar essa problemática e regulamentar o poder dos provedores no controle dos dados pessoais.

Partindo desse contexto, o presente texto buscará realizar o estudo acerca dos institutos legalmente previstos de proteção de dados da criança e do adolescente à luz da doutrina da proteção integral aplicada no ambiente virtual, objetivando responder ao seguinte problema investigado: quais são e qual a efetividade dos mecanismos do ordenamento brasileiro que visam proteger os dados pessoais e informações sensíveis de crianças e adolescentes internautas na rede mundial de computadores?

Para responder a este questionamento de pesquisa utilizou-se o método de abordagem dedutivo, realizando-se um breve estudo acerca da doutrina da proteção integral com leituras cruzadas e diálogos com a obra *Vigilância Líquida*, de Bauman e Lyon, empreitada acadêmica que é feita para buscar supedâneo para entender as novas formas de vigilância na internet. A partir dessa visão, foram contrastadas as formas de proteção de crianças e adolescentes pelas legislações existentes no ordenamento jurídico brasileiro, o que foi feito com o auxílio do método de procedimento monográfico, que oportunizou o exame mais detalhado do tema.

Tal metodologia resultou no artigo dividido em três partes: na primeira será feito um breve aporte teórico acerca da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente; na segunda se buscará contrastar as novas formas de vigilância na rede e proteção de dados pessoais com a legislação recentemente publicada; por fim, se buscará traçar uma crítica acerca da proteção de dados pessoais da criança e do adolescente na internet, trabalhando-se com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais à luz da doutrina da proteção integral.

2 | A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE NO BRASIL

O advento da Constituição da República Federativa do Brasil acarretou na consagração de inúmeros direitos ao ordenamento jurídico, sobretudo os de terceira dimensão, oriundos do segundo pós-guerra. Em especial, a nova Carta Constitucional trouxe uma série de direitos inerentes ao indivíduo, materializados no princípio da dignidade da pessoa humana, direito à vida e liberdade, entre outros.

No que tange às crianças e adolescentes, a Constituição e, posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituíram no Brasil o que se convencionou chamar de doutrina da proteção integral, ensejando uma profunda alteração legislativa visando proteger a dignidade e direitos fundamentais desses sujeitos, mediante uma série de mecanismos jurídicos, os quais estabeleceram deveres ao Estado, sociedade e à família ou responsáveis.

Pereira ensina que a Doutrina da Proteção Integral deve ser analisada pela tríade da liberdade, respeito e dignidade, ambos assentados na Carta Constitucional

de 1988 e pelo Estatuto (PEREIRA, 2008, p. 137). No mesmo passo, Custódio leciona que

A Constituição da República Federativa do Brasil e suas respectivas garantias democráticas constituíram a base fundamental do Direito da Criança e do Adolescente, inter-relacionando os princípios e diretrizes da teoria da proteção integral, e, por consequência, provocaram um reordenamento jurídico, político e institucional sobre todos planos, programas, projetos, ações e atitudes por parte do Estado, em estreita colaboração com a sociedade civil, nos quais os reflexos se (re) produzem sobre o contexto sócio-histórico brasileiro (CUSTODIO, 2009, p. 26).

Percebe-se que o sistema de proteção integral tornou-se o sustentáculo de todo ordenamento jurídico relacionado aos direitos da criança e do adolescente, verdadeiro cerne de toda a relação jurídica com os destinatários da proteção, exigindo-se do Estado, principalmente, ações positivas no sentido de resguardar e aplicar tais garantias no plano concreto, mediante diversos instrumentos jurídicos, como, por exemplo, as medidas de proteção, o acesso à saúde e à educação de qualidade.

A preocupação de integral proteção dos direitos da criança e do adolescente cresce com o aumento no uso da rede mundial de computadores por parte delas. Nesse sentido, com a massificação da internet e a cultura digital, surgem diversas formas de violação dos direitos constitucionalmente assegurados, em especial quando se trata de controle de dados pessoais de crianças e adolescentes no âmbito da rede. O uso realizado por esses internautas os coloca em situação de vulnerabilidade, ampliando-se na medida em que se sofisticam os mecanismos de vigilância, conforme abaixo evidenciado.

3 | A ASCENSÃO DA INTERNET E OS MECANISMOS DE VIGILÂNCIA DA REDE

Antes de traçar os liames teóricos entre a proteção integral e dados pessoais, importa realizar um brevíssimo excursus acerca dos impactos tidos com o crescimento do uso da internet e de seus mecanismos, para, posteriormente, adentrar na temática das informações pessoais tratadas no ambiente virtual para, ao final, demonstrar seus efeitos sobre os dados de crianças e adolescentes.

A ascensão da internet culminou em um novo paradigma para a sociedade, trazendo consigo revolução e mudança sociais, com modificação nas relações interpessoais, facilitando também a comunicação e acesso aos bens de consumo e culturais por parte dos internautas. Todas essas transformações produzem impactos tanto positivos quanto negativos na vida humana.

O seu surgimento ocorreu posterior ao segundo pós-guerra, emergente de diversos novos direitos oriundos de tempos de relações sociais modificadas em razão

da globalização, consequência do período de Guerra Fria. Por ser considerado como divisor de águas, o fenômeno social oriundo da internet intitulou o que ficou conhecido como sociedade em rede, implicando a ampliação das formas de comunicação e relacionamento entre as pessoas, possibilitando o aumento exponencial na troca de informações por parte de seus usuários. Com acerto pontua Manuel Castells que

Vivemos em tempos confusos, como muitas vezes é o caso em períodos de transição entre diferentes formas de sociedade. Isso acontece porque as categorias intelectuais que usamos para compreender o que acontece à nossa volta foram cunhadas em circunstâncias diferentes e dificilmente podem dar conta do que é novo referindo-se ao passado. Afirimo que, por volta do final do segundo milênio da Era Cristã, várias transformações sociais, tecnológicas, econômicas e culturais importantes se uniram para dar origem a uma nova forma de sociedade, a sociedade em rede [...] (CASTELLS, 2016, p. 11).

Por outro lado, com o desenvolvimento das tecnologias da informação, o ordenamento passou a ter dificuldades no controle da proteção da privacidade do indivíduo. O desenvolvimento tecnológico possibilitou o surgimento de inúmeros instrumentos de ataque aos direitos fundamentais do internauta, mediante a manipulação, monitoramento, análise e processamento de informações pessoais, o que gera também um promissor mercado e ponto de inúmeras formas de controle e vigilância dos cidadãos.

A geração, utilização e tratamento de informações por intermédio da rede criou mecanismos capazes de identificar e individualizar os internautas por meio de quaisquer informações disponibilizadas, possibilitando que o usuário seja constantemente identificado e vigiado pelos provedores, pelo mercado e por outros usuários, públicos ou privados.

Nesse ponto é que se mostra urgente discutir o direito à proteção dos dados pessoais em face de seu tratamento no ambiente virtual. Trata-se de tema recentemente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente após a promulgação do Marco Civil da Internet e reforçado com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (ainda não vigente), que visa assegurar ao internauta que as suas informações pessoais, como, por exemplo, sexo, raça, religião, etnia, filiação partidária, filiação sindical e demais informações relevantes não sejam livremente manipulados pelos provedores de conexão e aplicação.

Ainda que esta questão seja relativamente nova na pauta brasileira, em outros países tecnologicamente desenvolvidos seu estudo já é feito há muitos anos, como demonstram as contribuições de Stefano Rodotà, que ao se debruçar sobre o assunto, apresentou importante passagem para a compreensão da temática:

Proteção de dados é uma expressão de liberdade e dignidade pessoais e, como tal, não se deve tolerar que um dado seja usado de modo a transformar um indivíduo em objeto sob vigilância constante. Confrontamo-nos com uma

progressão de etapas: sendo esquadrinhados por meio da vigilância por vídeo e tecnologias biométricas, os indivíduos podem ser 'modificados' pela inserção de chips ou etiquetas 'inteligentes' legíveis por identificação de radiofrequência dentro de um contexto que nos transforma cada vez mais em 'pessoas na rede' – pessoas que estão permanentemente na rede, aos poucos configuradas para transmitir e receber sinais que permitam escanear e perfilar movimentos, hábitos e contatos [...] (RODOTÀ, 2008, p.18).

Além disso, alguns autores brasileiros praticamente consideram a proteção de dados pessoais como um consectário dos direitos fundamentais do indivíduo arrolados na Constituição da República, derivando do direito à vida privada e intimidade. Éste é o caso da Sarlet, Marinoni e Mitidiero:

A proteção dos dados pessoais alcançou uma dimensão sem precedentes no âmbito da sociedade tecnológica, notadamente a partir da introdução do uso da tecnologia da informática. [...] A facilidade de acesso aos dados pessoais, somada à velocidade do acesso, da transmissão e do cruzamento de tais dados, potencializa as possibilidades de afetação de direitos fundamentais das pessoas, mediante o conhecimento e o controle de informações sobre a sua vida pessoal, privada e social (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017, p. 472).

Com efeito, os mecanismos de vigilância no seio da internet, materializados pela geração, controle, manipulação e tratamento de dados são de alto risco aos usuários, especialmente aos adolescentes e crianças, chamados nativos digitais, ou seja, já nascidos na era digital, mostrando-se necessária uma previsão legal específica para sua proteção. Os dados pessoais do usuário adulto já são objeto de inúmeras violações pelo sistema e a situação merece mais atenção ainda quando se trata de indivíduos vulneráveis ao poderio das grandes empresas que atuam no ambiente virtual.

4 | ANÁLISE DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS FRENTE A VIGILÂNCIA NA INTERNET: É CUMPRIDO O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE?

No panorama da constante vigilância e de contínua manipulação de dados pessoais dos internautas, o público mais fragilizado por essas práticas são as crianças e adolescentes, que por vezes ficam maravilhados ante o mundo digital, inconscientes dos riscos que a navegação acarreta.

A questão da proteção dos dados pessoais do internauta por si só já merece guarida legislativa para sua efetivação. Tratando-se de vulneráveis, cuja legislação traça inúmeros direitos que resguardam a dignidade, imagem e informações pessoais, o amparo da proteção dos dados necessita ainda mais força, especialmente pelo fato de que os infantes e adolescentes se mostram mais vulneráveis no mundo digital.

Nesse contexto, Baumann tece importantes considerações acerca do uso da

rede pelos nativos digitais:

Os adolescentes equipados com confessionários públicos portáteis não passam de aprendizes treinando a (e treinados na) arte de viver numa sociedade confessional; uma sociedade que se destaca por eliminar a fronteira que antes separava o privado do público, por fazer da exposição pública do privado uma virtude e uma obrigação públicas [...] (BAUMAN; LYON 2013, p. 35).

É nessa interpenetração do público e o privado que reside um dos riscos da rede, pois a internet possibilitou a exposição pública acerca de qualquer fato cotidiano, além da facilidade de obtenção dos provedores de qualquer dado individualizador do internauta. Se feita de maneira irresponsável, os danos ao usuário são quase que irreparáveis ao próprio adulto, quanto mais à criança que necessita de maior amparo legal. A mesma ideia se encontra em Silva quando afirma que

O desenvolvimento da web descortinou aos adolescentes um universo no qual eles podem atuar de forma bastante intensa, o que provocou a associação entre ambiente virtual e liberdade de expressão. Essa associação foi estimulada pelo mercado, pois a sensação de poder livremente expressar-se, sem estar submetido a controle de nenhuma autoridade, foi um dos fatores que impulsionou o crescimento das tecnologias da informação (SILVA, 2009, p. 111).

Como se vê, a proteção integral, que já enfrenta dificuldades em sua efetividade na satisfação de direitos básicos, no cotidiano, se depara com desafio ainda maior na sociedade informacional. O problema ganha maior complexidade porque muitos atores encarregados de promover a proteção integral, como pais e responsáveis, não percebem os riscos a que estão expostos os infantes e adolescentes. Estes, por sua vez, ainda que saibam da exposição que realizam, por vezes ficam tão seduzidos pelas vantagens decorrentes do uso das tecnologias que não se atém diante dos riscos. E conforme explicitado por Silva, ainda que as tecnologias revelem oportunidades e riscos, as primeiras parecem exercer maior fascínio sobre os internautas.

O advento das tecnologias da informação e comunicação tornou ainda maior este desafio, pois se de um lado oferece inéditas oportunidades de acesso à informação e favorece a comunicação entre pessoas de diferentes culturas, por outro, apresenta novos desafios para a proteção dos direitos à intimidade, à privacidade, à imagem e à honra que podem ficar bastante vulneráveis diante de tantas interações realizadas on line (SILVA, 2009, p. 65).

E é precisamente esse o ponto que se pretende regulamentar com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº. 13.709/18. O artigo 14 da referida lei é paradigmático no âmbito da defesa dos dados pessoais de crianças e adolescentes na internet, especialmente ao dispor que o seu tratamento deverá atender ao melhor interesse do usuário, ressaltando a necessidade, em seu parágrafo primeiro, o

consentimento específico dos responsáveis legais. Nesse sentido, Danilo Doneda (2006, p. 371) destaca que a questão do consentimento é uma das mais sensíveis acerca dos dados pessoais, pois é consequência da autonomia da vontade do indivíduo decorrente dos seus direitos de personalidade e fundamental.

Essa sensibilidade e autonomia de vontade ganham maior destaque quando se refere aos usuários que são analisados na presente pesquisa. Apesar de a legislação apresentar que o consentimento se dará por seus responsáveis, não faz menção de que forma tal consentimento ocorrerá dentro do ambiente virtual para que haja efetividade da autonomia, especialmente do próprio adolescente, em razão que o tratamento deveria ocorrer em seu melhor interesse.

É notório o fato de que crianças e adolescentes aceitam termos de uso e políticas de privacidade sem entender o consentimento que está sendo dado, o que ocorre em grande parte em razão da linguagem sofisticada que esses termos são redigidos, o que dificulta a compreensão do internauta. Ao dar consentimento, permitem o tratamento de seus dados pessoais e, coletadas essas informações, é possibilitado aos provedores que as armazenam realizarem o pareamento dos dados e manipulação, objetivando o monitoramento daquilo que é buscado pelo usuário. A partir daí podem mapear, como já dito, os gostos e interesses de quem navega, direcionando inclusive as escolhas do internauta.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais tem por seu objetivo evitar a utilização indevida dos dados pessoais e demais informações, visando a manter a integridade psíquica e até física de crianças e adolescentes que são vítimas dessas práticas mercadológicas agressivas. Em síntese, busca-se reforçar a proteção já conferida pelo Marco Civil da Internet, especialmente no âmbito de informações pessoais dos nativos digitais, o que é feito pela exigência de consentimento parental para a abertura de contas.

Destaca-se que a questão da vigilância de dados é questão debatida no Brasil. Paulatinamente, o ordenamento jurídico vem tentando acompanhar os avanços tecnológicos na tentativa de frear o uso desmesurado de instrumentos de manipulação e coleta de dados pessoais. O tratamento de dados pessoais, por si só, não se constitui em violador, ocorrendo vulnerabilidade dos direitos toda a vez que os dados pessoais são empregados para finalidades diversas daquelas para as quais foram confiados, ou seu uso resultar em discriminação para o seu titular ou ferir a boa-fé objetiva.

O uso em desacordo com as finalidades concedidas podem ter objetivos mercadológicos, visando ao controle do usuário pelo provedor, o que ocorrerá pelo condicionamento de seu comportamento atual e futuro. Ademais, pode interferir na formação de sua vontade, acirrando o seu consumo,

[...] pois na condição de nativos digitais cresceram sob influências das tecnologias da informação e comunicação, em especial da Internet e, por conseguinte, bastante expostos a toda a sorte de anúncios publicitários, que lhes chega tanto por e-mail, quanto se encontra presente nos **sites** que frequentam. A maciça exposição, muitas vezes desacompanhada de qualquer orientação ou controle, acaba por interferir na formação de vontades desses seres em desenvolvimento, criando-lhes necessidades de consumo novas, que os tornam reféns do mercado. Outro problema relacionado ao tema, conforme já visto, é o fato de as informações serem recolhidas, tratadas (montagem do perfil do usuário) e muitas vezes negociadas entre as empresas sem que o titular dos dados possa sequer ter conhecimento dos elementos recolhidos para a montagem do seu perfil, o que lhe subtrai a oportunidade de promover as alterações necessárias (SILVA, 2009, p. 105).

Verifica-se que a internet é repleta de riscos e que, se mal utilizada pelo usuário, pode permitir que ele mesmo consinta com alguma violação aos seus direitos fundamentais, situação que ocorre por não saber utilizar as tecnologias de maneira adequada. O ponto é extremamente delicado e ainda repleto de incertezas quanto à forma adequada para o seu tratamento jurídico, no entanto é irrefutável que a vigilância está presente e impõe desafios ainda não enfrentados a contento, conforme explica Baumann:

Bem, como podemos concordar, ao menos por ora (até o momento em que uma evidência mais firme e menos ambígua seja disponibilizada pelo processo de construção da história pelos seres humanos), que a vigilância digital é uma espada afiada cuja eficácia ainda não sabemos como reduzir – e, obviamente, uma espada com dois gumes, que ainda não conseguimos manejar com segurança (BAUMAN; LYON; 2013, p. 136).

Portanto, a massiva vigilância em rede, que vulnera direitos fundamentais de crianças e adolescentes precisa ser enfrentada adequadamente, à luz do melhor interesse desses sujeitos e de acordo com a doutrina da proteção integral. Nesse sentido, havendo a colisão de interesses entre os internautas e o mercado deve sempre prevalecer o dos infantes e adolescentes, exigindo-se e comprovando-se que a coleta, armazenamento e tratamento de seus dados pessoais foi precedida do consentimento de seus genitores ou responsáveis. Dispensar esse cuidado ou relativizar a exigência legal estabelecida no art. 14, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais constituirá em afronta ao comando constitucional previsto no art. 227, bem como colocará em risco inúmeros direitos fundamentais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

5 | CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo realizar uma investigação sobre os mecanismos de vigilância e de controle de dados pessoais de crianças e adolescentes e a necessidade de sua efetiva proteção à luz da doutrina de proteção

integral, consagrada pela Constituição da República. Especificamente, buscou-se identificar e analisar quais são e qual a efetividade dos mecanismos previstos no ordenamento brasileiro para proteger os dados pessoais e informações sensíveis desses internautas na rede mundial de computadores. Para responder a esse questionamento, intentou-se fazer a leitura combinada entre conceitos expostos na doutrina de proteção integral, dados pessoais, vigilância na rede e as legislações brasileiras que tratam sobre as matérias, em especial a Carta Constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, recentemente promulgada no Brasil e em período de *vacatio legis*.

Com vista disso, verificou-se que o sistema de proteção integral tem grande amplitude, destinado a assegurar todas as garantias de crianças e adolescentes, culminando em ações positivas do Estado, da sociedade e das famílias com a finalidade de garantir esses direitos e proteger os interesses do público-alvo, evitando-se as violações por parte de terceiros.

Quando se fala de internet, sociedade em rede e dados pessoais, a questão é mais complexa ainda. O Brasil se encontra deficitário na proteção dos usuários, especialmente quando são crianças e adolescentes, constantemente alvo de violações causadas pelo abuso dos provedores e das empresas que atuam no mercado, que se valem dos dados pessoais e das informações prestadas pelo usuário.

Na tentativa de enfrentar esse problema da vulnerabilidade em rede houve a promulgação do Marco Civil da Internet, legislação que prevê princípios e procedimentos para a utilização da rede, tanto por parte de provedores quanto por usuários. Essa proteção não tratava, de maneira explícita e direta, dos dados pessoais, o que gerou a necessidade de, mais recentemente, ser promulgada a Lei nº 13.709/2018, denominada Geral de Proteção de Dados Pessoais. Esta Lei inova ao introduzir no ordenamento regras acerca da utilização de informações e dados pessoais no âmbito da rede, trazendo procedimentos para o consentimento, tratamento, armazenamento de dados pessoais.

Uma dessas previsões diz respeito à exigência de consentimento dos pais ou responsáveis para a abertura de contas por crianças e adolescentes. Trata-se de um avanço, sob o ponto de vista normativo, sobre o qual ainda não se tem clareza sobre sua efetividade, pois ainda que o artigo 14 da referida lei exija a autorização legal dos responsáveis, não há previsão alguma sobre a forma que será concedida ou comprovada essa autorização. Ademais, não há dispositivo que mencione como verificar se, efetivamente, quem está a autorizar o tratamento dos dados pessoais da criança é, de fato, o responsável legal do internauta. Percebe-se, portanto, que há espaços para avançar a proteção inicialmente prevista na Lei Geral de Proteção de Dados, especialmente para que o comando legal tenha efetividade e atenda ao melhor interesse da criança, como prometido na novel legislação.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.
- CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade, e cultura: a sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2016, v.1.
- CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Núcleo de estudos em Estado, Política e Direito (NUPED) - Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Santa Catarina: Multidêia, 2009.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade a proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PEREIRA, Tania da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SILVA, Rosane Leal da. **A proteção integral dos adolescentes internautas: limites e possibilidades em face dos riscos no ciberespaço**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

AS RELAÇÕES DE PODER E DECISÃO NA AMÉRICA LATINA: REVISITANDO O AUTORITARISMO E AS IMPLICAÇÕES NA DESCONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA

Data de aceite: 27/02/2020

Barbara Belnoski

Participante do Grupo de Pesquisa Direito e Literatura – Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Curitiba – PR. email: brbadv@gmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6005098630791907>

RESUMO: A incapacidade de compreender e realizar a democracia assumiu diversas faces na América Latina, em diferentes momentos de sua história, A tradição autoritária marcada pela desvalorização da participação política e fragilidade das instituições sempre expôs, com inesquecível presença, as relações de poder e decisão, típicas do cenário latino americano. As estratégias de apropriação do poder político, no sentido de elevação da autoridade e dominação, resultaram em uma importante temática histórica apresentada pela literatura. A personificação do autoritarismo em governantes, afetada por desmandos, arbitrariedades e imposições injustificadas é testemunhada na estrutura narrativa de ‘Sabres e Utopias’, obra do peruano Mario Vargas Lhosa. O estilo forte e inovador aborda as ameaças à credibilidade das democracias, como um ato corajoso de denúncia e de chamada à consciência. Em momentos de crise e diluição de valores, torna-

se reação comum da sociedade a busca por soluções rápidas para amenizar a tragédia do viver. O surgimento de um salvador dotado de virtudes carismáticas, capaz de trazer uma nova época de verdade e justiça, ao enaltecer valores e sentimentos tradicionais, não é fato novo nas referências histórico-culturais da América Latina. O Brasil, em especial, foi pródigo em movimentos intitulados como messiânicos-milenaristas pelos cientistas sociais, a citar, como exemplo, o caso do Contestado e Canudos. Os líderes messiânicos brasileiros envolveram-se em lutas políticas, mas sempre como aliados de mandatários locais e regionais. Tais movimentos traduzem os momentos de anomia de uma sociedade por meio do único canal possível de expressão de insatisfação. A metodologia utilizada será bibliográfica com o objetivo de tornar o trabalho um espaço teórico para se pensar o Direito, em suas conexões com outras práticas artísticas e reflexões críticas, a partir de diferentes perspectivas, não como um campo fechado, mas como um movimento em direção a tudo o que o transforma. A partir de produções literárias, o artigo se propõe a ampliar o diálogo entre Direito e Literatura, como forma de interpretar os recentes acontecimentos político-sociais da América Latina, sobretudo do Brasil, e as suas implicações na desconstrução da estrutura democrática.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, Literatura, Poder

ABSTRACT: In Latin America, the inability to understand and effectuate democracy has taken on many shapes and forms at different times throughout its history. The authoritarian tradition marked by the deliberate erosion of political participation and democracy's inherent weaknesses has exposed, with unforgettable presence, the relationship between power and decision, so typical of the Latin American political structure. Strategies of appropriation of political power, in reference to authority and domination, has resulted in an important topic presented by the literature. The personification of authoritarianism in political figures, affected by unjustified misconduct, arbitrariness, and imposition is witnessed in the narrative of "Sabers and Utopias", by Peruvian Mario Vargas Llosa. The strong and innovative style addresses threats to the credibility of democracies, as a courageous act of denunciation and a call to conscience. In moments of crisis and weakness of values, it becomes a common reaction of society to search for quick solutions in order to mitigate the hardships of living. The attraction of a savior-demagogue endowed with charismatic virtues, capable of bringing about a new movement of truth and justice by praising traditional values and feelings, is not a new concept in historical-cultural references of Latin America. Brazil, in particular, was rife with movements called messianic-millennialists, e.g., the case of Contestado and Canudos. Brazilian messianic leaders engaged in such struggles but always with the complicit support of local and regional representatives. Such movements may explain the moments of societal anomie through the only possible channel to express dissatisfaction. The methodology used here will be bibliographic, with the objective of making the work a theoretical space to think about the law in its connections with other artistic practices and critical reflections from different perspectives, i.e., not as a closed field, but as a metamorphic movement effectuating a transformative change. Based on literary publications, the article proposes to expand the dialogue between law and literature as a way of interpreting recent political and social events in Latin America and Brazil, and the inherent implications of the deconstruction of the democratic structure.

KEYWORDS: Law, Literature, Political power, Authoritarianism, Democracy.

1 | INTRODUÇÃO

Um Brasil melhor. A expressão encerra a pretensão de todo brasileiro sobre a condução dos rumos do país a cada nova eleição. A esperança em avançar, no que se refere a fortalecimento das instituições políticas, crescimento econômico e social, gestão responsável de gastos públicos, competência administrativa e jurídica parece evidente a todos os interessados em impulsionar uma economia capaz de favorecer a prosperidade.

No entanto, a sensação desconfortável de incerteza diante de práticas destinadas a resolver problemas políticos básicos ainda persiste em um Brasil

carente de discernimento político - institucional. Não basta apenas determinação política, é necessário fomentar a atividade econômica por meio de um agir idôneo, como forma de conferir condições adequadas para as pessoas, suscetíveis de lhes proporcionar oportunidades em direção a maior liberdade de escolha.

Na época atual, não é mais possível consentir com o processo de desaceleração da economia brasileira, nem ao menos com a adoção de práticas intituladas como salvadoras. Para atingir os propósitos econômicos e sociais é essencial aprovar medidas que viabilizem não apenas o aumento da produtividade, como também resolvam os impasses monetários e fiscais. Não se trata de tarefa das mais fáceis, dado que exige a efetivação de programas de ação de curto, médio e longo prazo, além de perseverança e tempo dos gestores de política econômica.

A melhoria continuada das condições de vida da população depende, entre outros fatores, da abertura da discussão pública como meio de proporcionar a mudança social. A contribuição da democracia no Brasil, não se deve limitar, tão somente, a evitar fracassos econômicos, mas também a favorecer a intensa participação popular, envolvendo críticas e sugestões sobre as reformas, com o propósito de consolidar os processos de mudança. A democracia, portanto, não se restringe à possibilidade de exercer o direito ao voto, pressupõe um comprometimento constante com o Estado Democrático de Direito.

A feição política recente tem trazido à tona reflexões acerca da forma de organização das relações de poder e de decisão. A temática não é inédita. A Carta do achamento, de Pero Vaz de Caminha foi o primeiro documento a registrar, em nome de um poder estatal, a fundação da autoridade e a apropriação do poder político. Os conquistadores colocaram em cena, nessa primeira chegada às terras do Brasil, o domínio sobre o outro, a posse de territórios e a constituição de tempos e espaços. Mesmo após a independência e a república, a estrutura arcaica do Estado Nacional reforçou a preservação dos interesses locais sobre o poder central, o que contribuiu para a manutenção do domínio e a estagnação das mudanças político – sociais.

Outro modo de formação de um lugar de poder, de uma estratégia de dominação foi com a publicação do AI-5, nos anos 1960, no qual restringia direitos civis com a proibição de atividades ou manifestações sobre assunto de natureza política e circulação em determinados lugares. Em diferentes momentos históricos, é possível perceber as estratégias de apropriação estatal e a elevação da autoridade. Há várias obras de caráter artístico, como os Sertões, de Euclides da Cunha, e a escultura “Lute”, de Rubens Gerchman, para citar algumas, que convidam a modificar a percepção sobre a intervenção política no espaço público.

Nessa linha, o artigo se propôs a representar, com o apoio em recursos literários, o caleidoscópio político da América Latina, dando ênfase ao Brasil, e assim refletir sobre a realidade social. Mario Vargas Lhosa, escritor peruano, em Sabres e Utopias,

dá, a seu modo, um rico testemunho sobre a história latino americana, daquilo que fomos forçados a ser, daquilo que acabamos por ser e daquilo que desejamos e podemos ser. Os enredos de Vargas Lhosa habitam uma América Latina marcada por desigualdades sociais, corrupção política, violência e uma constante desesperança.

2 | A INSTAURAÇÃO DA AUTORIDADE E A CONSAGRAÇÃO DA DOMINAÇÃO NAS MANIFESTAÇÕES ARTÍSTICAS

Não se promete o que não se pode cumprir, e menos, quando a intenção é contrária a proporcionar uma vida livre. As denúncias de opressão e sofrimento levadas a conhecimento, pelos mais diversos movimentos artísticos, dentro da América Latina, mostraram, em diferentes fases, como um governo autoritário tem o poder de amordaçar o seu povo. Não se constrói uma democracia apoiada em ações impositivas e desmandos injustificados. O uso desmedido de poder pode satisfazer aos interesses de quem governa, mas não atende as necessidades urgentes de uma sociedade.

O compromisso de luta por uma vivência mais digna, na maioria das vezes, recebe apoio daqueles que encontram, na figura do salvador, o único canal para expressar a angústia de existir. A vontade de um único homem não deve, em tempo algum, convir à escravização da coletividade, a serviço de pretensas forças históricas e processos de retorno à moral e aos bons costumes.

O uso de posição política para beneficiar a si próprio, familiares e aliados, demonstra não apenas carência de sensibilidade e distorção de caráter, mas a completa falta de implicação na formação da democracia. A ausência de limites no exercício do comando de um governo, simboliza a irresponsabilidade, daquele que detinha a obrigação ética e funcional de proporcionar o crescimento de seu país.

Há inúmeras situações na história latina - americana, que servem como exemplo problemático das questões políticas envolvendo a máxima crueldade da realidade, reduzida em conformismo e desalento por seu povo. A natureza dessa forma de dominação, que num sentido maior é, na verdade apolítica, evidencia-se pelo aprisionamento dos anseios das massas conduzido por uma impotência de agir.

Revisitar o passado, na atual conjuntura, faz-se necessário para melhor compreender as várias táticas utilizadas para a apropriação do poder político e consolidação da dominação.

Um dos documentos mais interessantes sobre o modo como a escrita pode tornar pública a fundação de um lugar de poder é a Carta de achamento¹, de Pero Vaz de Caminha.

1 "A Carta de Pero Vaz de Caminha". Disponível em http://objdigital.bn.br/Acervo_Digital/Livros_eletronicos/carta.pdf. Acesso em 21/09/2019. Todas as citações provêm dessa mesma fonte.

Na qualidade de escrivão, Caminha, passa a narrar ao rei o encontro dos conquistadores portugueses com os primeiros sinais de terra, que logo após avistarem, batizaram como Vera Cruz. Para além do espanto, com a falta de vestimentas dos indígenas, a carta desenvolve toda uma performance para contar como os desbravadores tomaram a posse da terra em nome do poder estatal. A minuciosa medição do território, marcada pela descrição precisa das coordenadas por léguas e braças, foram fundamentais para apropriação e ocupação da nova terra.

Mandou lançar o prumo. Acharam vinte e cinco braças; e ao sol posto, obra de seis léguas de terra, surgimos âncoras, em dezenove braças - ancoragem limpa. Ali permanecemos toda aquela noite. E à quinta-feira, pela manhã, fizemos vela e seguimos em direitos à terra, indo os navios pequenos diante, por dezessete, dezesseis, quinze, catorze, treze, doze, dez, e nove braças, até meia légua da terra, onde todos lançamos âncoras em frente à boca de um rio. E chegaríamos a esta ancoragem às dez horas pouco mais ou menos.²

Na sequência, a carta de Caminha trata de detalhar a celebração da primeira missa em terras descobertas, praticada logo após a chegada dos portugueses, o que marca o modo de dominação sobre os índios, com a clara intenção de estabelecer uma nova ordem.

Chantada a Cruz, com as armas e a divisa de Vossa Alteza, que primeiramente lhe pregaram, armaram altar ao pé dela. Ali disse missa o padre frei Henrique, a qual foi cantada e oficiada por esses já ditos. Ali estiveram conosco a ela obra de cinquenta ou sessenta deles, assentados todos de joelhos, assim como nós.

E quando veio ao Evangelho, que nos erguemos todos de pé, com as xsmãos levantadas, eles se levantaram conosco e alçaram as mãos, ficando assim até ser acabado; e então tornaram-se a assentar como nós. E quando levantaram a Deus, que nos pusemos de joelhos, eles se puseram assim todos, como nós estávamos com as mãos levantadas, e em tal maneira sossegados, que, certifico a Vossa Alteza, nos fez muita devoção.³

A atitude do europeu cristão, ao chegar na América, possuidor da verdade externada por Deus, era de uma superioridade absoluta. O impacto opressor colonizador foi tão marcante que se passou, mais à frente, a se questionar os efeitos do sistema colonial na formação da identidade latino-americana.

Em momentos e lugares diferentes, a ideia de autoridade e dominação foi objeto de ampla crítica na obra literária de Oswald de Andrade. O Manifesto Antropófago, publicado em 1928, foi uma referência no contexto latino-americano por ser um instrumento de resposta à opressão.

A nossa independência ainda não foi proclamada. Frase típica de D. João VI: - Meu filho, põe essa coroa na tua cabeça, antes que algum aventureiro o faça. Expulsamos a dinastia. É preciso expulsar o espírito bragantino, as ordenações e o rapé de Maria da Fonte.

2 CAMINHA, op.cit

3 CAMINHA, op.cit.

Contra a realidade social, vestida e opressora, cadastrada por Freud – a realidade sem complexos, sem loucura, sem prostituições e sem penitenciárias do matriarcado de Pindorama.⁴

Mais do que a busca de uma forma de vida menos violenta e submissa, o manifesto oswaldiano apostou em um novo ser humano vivendo em uma sociedade mais solidária e sem qualquer imposição herdada do colonialismo. Para a vida contemporânea, tanto na pretensão de uma vivência ética e autônoma, quanto, na experiência coletiva política, o Manifesto Antropófago abriu espaço para uma discussão política concreta e relevante.

Por outro lado, a tomada de poder pelos militares, em diversas partes do continente sul-americano, gerou uma variedade de manifestações artísticas para expressar e debater a turbulência sócio-política decorrente de regimes autoritários.

Uma das mostras mais instigantes é do artista plástico argentino Horacio Zabala⁵. Por meio de apropriações cartográficas, as criações de Zabala transformaram os mapas da América Latina e da Argentina, de forma artística, com o objetivo de questionar a instabilidade política e a violência vivenciada na época do regime militar.

Seus mapas artísticos⁶ não somente documentaram um importante período histórico, como também demonstraram uma visão de mundo relacionada ao autoritarismo instaurada na América Latina entre as décadas de 1960 e 1970.

É interessante refletir, como o fazer artístico, pode tornar-se ainda mais significativo diante de contextos de governos repressores. A título de exemplo, as produções de Rubem Gerchman⁷, ficaram conhecidas pelo uso da palavra escrita como recurso para se opor a situação política brasileira durante a ditadura militar.

A sua obra mais emblemática “Lute”⁸ (1968) trata-se de uma escultura formada por quatro letras vermelhas de ampla dimensão, posicionada em avenidas importantes do Brasil, cujo produto final consistia na palavra “Lute”, com o propósito não apenas de dificultar o trânsito, mas também de provocar o clamor social contra a repressão militar. Contra as palavras de ordem, as obras de Gerchman incentivaram a uma atividade de interpretação, ao serem colocadas em espaços públicos, além do sentido claramente político, exigiam a atuação ativa do espectador.

Como visto, as personificações artísticas não apenas mudam o modo como um país é percebido, em momentos de vulnerabilidade política, mas também tornam a

4 ANDRADE, Oswald. Manifesto Antropófago. 1928.

5 Nascido na Argentina em 1943. Foi integrante do Grupo de los Trece, círculo formado por artistas experimentais.

6 SALES, Carla Monteiro. Mapas artísticos de Horacio Zabala na ditadura militar argentina. Terra Brasilis (Nova Série) [on line], Disponível em <https://journals.openedition.org/terrabrasilis/2450>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

7 Artista plástico brasileiro influenciado pelo pop-art, arte concreta e neoconcreta.

8 Macêdo, Érika Sabino de, & Chisté, Priscila de Souza. Um percurso dialógico para a leitura da obra de Rubens Gerchman. Disponível em: . Acesso em 30 de outubro de 2019. <https://revistas.pucsp.br/index.php/bakh-tiniana/article/download>

ocupar um lugar para contar algo, por meio da relação com as instituições, e com o que elas deixam de dizer.

A distância, entre o discurso e as ações, no exercício de um governo, provocam, ao longo do tempo, uma série de excessos tendentes a um generalizado descontrole social. É apoiado neste sentimento de mal estar causado por um ambiente opressivo que artistas produzem obras marcadas por ironia e ambivalência, a nos provocar a reflexão sobre o que estamos a vivenciar.

3 | MARIO VARGAS LHOSA: DEFENSOR DA DEMOCRACIA E DA LIBERDADE.

O ciclo de obras que compõem, o que se pode chamar de painel histórico da autoridade e dominação, está reunido no presente artigo, com destaque aos escritos de Mario Vargas Lhosa.

O engajamento com as questões políticas renderam a Vargas Lhosa, nos anos de 1960 e 1980, a entrada promissora na literatura latino-americana. Com uma intensa produção, Vargas Lhosa, ingressou no universo literário revelando uma América Latina marcada pela pobreza e ignorância, resultado da violência e corrupção, existentes em seu tempo.

Em seu conjunto, os livros de Mario Vargas Lhosa, divulgam de forma documental a autoridade e a imposição dos mais fortes. Os questionamentos existenciais decorrentes da difícil vivência, no período da ditadura militar, convergem para uma desesperança e uma desistência do papel de sujeito na transformação social.

Há de se notar que as obras de Lhosa atravessam a sua época, o que se leva a pensar, com base em uma visão crítica e histórica, a respeito dos efeitos da corrupção para a credibilidade das democracias. As reformas malfeitas, e em certa medida, permeadas pela corrupção, associadas ao populismo e a demagogia patrioteira são, na visão de Vargas Lhosa, a causa principal do fracasso da América Latina.

O motivo pelo qual a corrupção medrou e destruiu várias das reformas empreendidas é a ausência de instituições sólidas, capazes de pôr um freio eficaz às negociatas e operações ilegais pactuadas entre o poder político e empresários mafiosos, para se enriquecerem por baixo do pano das reformas.⁹

As noções de justiça, democracia, direito, liberdade, avanço, reação, socialismo, revolução significam tantas coisas diferentes conforme a pessoa, o partido ou o poder que as utilize, que já não significam mais nada. Por isso, mais importante do que ouvir o que dizem é observar aquilo que fazem, e aplaudi-los ou repudiá-los não por seus ruídos, mas por suas ações.¹⁰

Como defensor da democracia e liberdade, Vargas Lhosa, em seu livro Sabres

9 LHOA, Mario Vargas. Sabres e Utopias. Visões da América Latina. Tradução: Bernardo Ajzenberg. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 201.

10 LHOA, op.cit, p.253.

e Utopias¹¹, sustenta a ideia de que a luta contra os abusos deve advir da consciência individual. Apesar de reconhecer que a eficiência do combate pode alcançar melhores resultados, quando se participa de alguma instituição, aposta na consciência do indivíduo, como o modo menos nefasto para enfrentar as arbitrariedades.¹²

Dessa perspectiva, é possível concluir que o exercício do poder deve apresentar limitações para não se transformar em um disfarce, por trás da qual se permite a corrupção e o autoritarismo. É preciso ter claro que as ameaças, as torturas, as discriminações, não atingem apenas a vítima, mas todos que estão imersos em um ambiente intolerante.

Com relação ao Brasil, o escritor, em “Sabres e Utopias”, não faz somente considerações interessantes sobre a obra “Os Sertões”, de Euclides da Cunha, como também critica a postura de Lula, em uma de suas visitas a Cuba.

Para Vargas Lhosa, além de ser considerado um ensaio sociológico, “Os Sertões”, mostra “o que é e o que não é a América Latina”¹³

O que existe nela de semelhante e de diferente da Europa. E como as instituições, ideias, mitos, crenças, preconceitos, que para cá vieram com os europeus, modificaram-se por vezes tornaram-se o seu oposto, com resultados frequentemente catastróficos em solo americano. Poucos livros, em nossa história, mostraram, como “Os Sertões”, essa estranha, sutil metamorfose sofrida pelo europeu ao se combinar com o autóctone – homem, cultura e paisagem - para produzir uma especificidade latino-americana.¹⁴

De outra forma, a recusa em interceder pela libertação de presos políticos em Cuba é vista pelo escritor como uma afronta as regras democráticas. É desse modo, que Vargas Lhosa, descreve a atitude de Lula, quando posou para foto, junto às autoridades cubanas, ao mesmo tempo que, tinha conhecimento sobre a dramática situação suportada pelos presos.

A seleção dos ensaios que compõe “Sabres e Utopias” reconhece a democracia e o liberalismo como caminho fundamental para frear a pobreza, a ineficiência e a corrupção instalada pelos governos autoritários na América Latina.

Embora a democracia política e o livre mercado possam oferecer significativas contribuições não é o suficiente. Viver em um ambiente democrático depende não apenas de proporcionar o livre pensamento e condições básicas para uma vida digna, mas também implica o controle do poder para uma atuação capaz de garantir direitos e estabelecer limites.

Um sistema judiciário independente e comprometido com o cumprimento da Constituição e do sistema normativo é fundamental para tornar realidade às

11 LHOSA, Mario Vargas. Sabres e Utopias. Visões da América Latina. Tradução: Bernardo Ajzenberg. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 255.

12 LHOSA, op.cit, p. 255.

13 LHOSA, op.cit, p. 132.

14 LHOSA, op.cit, p. 132..

mudanças sociais. Nessa perspectiva, Vargas Lhosa apoia a ideia de que a ordem democrática somente pode ser consolidada, se houver um controle dos excessos praticados pelo poder.

Logicamente, salvo nas belas utopias dos anarquistas, não há como prescindir da existência de um poder. Mas é possível, sim, contê-lo e opor-lhe contrapesos para que não se exceda, que não se usurpe funções que não lhe competem e não sufoque o indivíduo, figura esta que nós, liberais, consideramos pedra fundamental da sociedade e cujos direitos devem ser respeitados e garantidos, pois, se forem feridos, desencadeia-se, inevitavelmente uma série exponencial de abusos que, como ondas concêntricas, levariam ao fim a própria ideia de justiça social¹⁵.

Uma das lições de Vargas Lhosa, a ser defendida, por todos os operadores do Direito, é a importância da literatura como recurso de democratização. Não há democracia sem condições necessárias para a sua concretização. Um verdadeiro sistema democrático não se faz, sem garantir, o exercício da efetiva participação da população.

4 | AUTORITARISMO, MESSIANISMO E POPULISMO NA AMÉRICA LATINA

O exercício do autoritarismo no Brasil apresentou o seu apogeu em dois momentos históricos distintos: com o Estado Novo (1937 – 1945) e com os governos militares (1964 – 1985). Apesar das singularidades inerentes a cada regime político, é importante analisar as diferenças e semelhanças para compreender melhor o padrão das relações de poder e decisão dominante durante os dois momentos históricos.

O Estado Novo, instituído por Getúlio Vargas, tornou-se conhecido por promover as manifestações patrióticas, cívicas e nacionalistas. A Era Vargas, como era chamada essa parte do período da história, foi marcada pelo incentivo à industrialização e ao processo de construção institucional. Mas não apenas por isso. Como precursor da ditadura militar, a Era Vargas propagou a ideia de que um governante regenera a sociedade e o Estado comanda a sua transformação e modernização.

Por sua vez, os governos militares mantiveram o caráter autoritário e nacionalista, mas deram um passo a mais, ao endurecerem o regime, por meio da promulgação, em 1968, do Decreto AI-5. A materialização do autoritarismo ocorreu pela supressão de direitos e limitação da liberdade de expressão, o que culminou em uma série de episódios marcados pela violência voltados àqueles que se opunham às regras impostas pelos militares. As perseguições discricionárias, conduzidas pelos órgãos de repressão, receberam uma aparência de licitude e juridicidade, com a implantação da Comissão Geral de Investigação, tornando-se o pilar básico do regime autoritário.

É interessante notar como líderes populistas podem distorcer a realidade para

15 Ibid, p. 285.

receber o apoio do povo. A promessa de combate à corrupção, a transformação do Brasil em uma grande potência, a eliminação do comunismo foram alguns dos argumentos discursivos utilizados no período militar para a manutenção e a fortificação do poder.

A trajetória política nacional traz como característica histórica não somente os problemas de ordem política e econômica, mas também a multiplicidade de interesses e poderes pessoais.

As ações políticas sempre tendiam, mesmo após 1930, para a efetivação dos interesses pessoais do grupo de poder. O interesse nacional era anulado pela corrupção moral e política, a favor da sobrevivência do poder¹⁶.

Aprendi, então, como os nossos dirigentes são incapazes de compreender e realizar a democracia, como temem a liberdade, que nunca conheceram; aprendi como se mostra a degradação de uma classe por definição de escol; como se organiza o Estado para a exclusiva injustiça; até a torpeza e o roubo; como é preciso não ser honesto, nem sincero, nem apto. Vi como evolui a corrupção, como se consagra a infâmia e a ignorância [...] ¹⁷

Apesar das significativas transformações, ocorridas com a instauração da República, e com os processos de urbanização, o poder local representado pelos coronéis, nos anos de 1930, mantiveram a sua capacidade de resistir a qualquer mudança política. O golpe militar de 1964, da mesma forma, recebeu apoio dos oligarcas que associados a esferas ligadas ao desenvolvimento industrial deram sustentação ao avanço do regime militar. A concepção de poder sustentada na articulação de interesses produziu a cristalização de uma mentalidade autoritária que acabou por perdurar na política brasileira tanto no Império como na República.

Na época do regime militar, apesar do Brasil pretender avançar rumo à modernização, por intermédio do incentivo a industrialização, persistia na vida política o acordo de interesses entre os militares, os representantes dos setores urbanos e os demais grupos sociais predominantes. A repressão e as arbitrariedades praticadas, ao longo de todo o militarismo, impediram qualquer abertura em direção à democracia, ao passo que mantinham o poder do grupo dominante.

A existência de líderes autoritários não é prerrogativa exclusiva do Brasil. A história da América Latina está carregada de exemplos de condutas abusivas e exorbitantes no comando do poder. Vargas Lhosa é pródigo em narrar, com detalhes, os atos excessivos dos governantes latino – americanos, como também em se posicionar de modo crítico e contrário as condutas imoderadas.

16 REZENDE, Maria José de. O Arcaísmo político no Brasil: As contribuições de Maria Isaura Pereira de Queiroz lidas à luz do pensamento social brasileiro. Revista de História e Estudos Culturais. vol. 3, ano III, n. 4, out/nov/dez de 2006.

17 BONFIM, Manoel. O Brasil nação: realidade da soberania nacional. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1981, p.10.

Com o general Odría, a barbárie voltou a se instalar no Peru. Embora Odría tenha matado, detido e deportado uma boa quantidade de peruanos, seus oito anos de governo foram menos sanguinários do que outras ditaduras sul-americanas da mesma época. Em compensação, a sua foi mais corrupta. Não só porque os chefes do regime encheram os seus bolsos de dinheiro, mas também – algo ainda mais grave – porque a mentira, as mordomias, a chantagem, a delação e os abusos adquiriram caráter de instituição pública, contaminando toda a vida do país.¹⁸

As insatisfações econômicas e políticas, agregadas as aflições do viver, podem criar as condições ideais para o surgimento do autoritarismo, por intermédio da escolha de um salvador, capaz de servir como uma solução mágica para a solução de inúmeros sofrimentos.

Os movimentos, intitulados como messiânico e milenarista, pelos cientistas sociais¹⁹ constituem-se desde a crença em um salvador que colocará fim a uma ordem opressiva para dar lugar a uma fase de virtude e justiça, à atuação de uma parte do povo ou de um segmento da sociedade, no sentido de consolidar a nova ordem, perante a condução de um líder dotado de virtudes carismáticas²⁰.

O messianismo no Brasil pode ser visto na Guerra de Canudos, por meio de Antônio Conselheiro, e no Contestado, na figura dos monges João e José Maria. A liderança carismática surge como marca em Canudos, mas não no Contestado, no qual os monges apenas incentivaram a crença messiânica, sem terem presenciado o desencadeamento do movimento, devido a um deles ter desaparecido e o outro ter sido morto em combate.

Os líderes sertanejos brasileiros, na perspectiva de Maria Isaura Pereira de Queiroz²¹, envolveram-se em lutas políticas, porém, nunca tiveram a intenção de modificar a ordem já estabelecida, em razão de serem aliados de mandatários locais ou regionais. Dessa maneira, é possível presumir que mesmo na deflagração dos movimentos tidos como messiânicos e milenaristas houve o predomínio de interesses políticos e econômicos locais e regionais.

No caso do Contestado, muitos coronéis engajaram-se na luta somente para manter as vantagens decorrentes de sua posição econômica. No mesmo sentido, em Canudos, o Exército brasileiro, além de esfacelar o movimento, procurou apagar a sua memória.

Pelas considerações expostas, é possível verificar que as insatisfações, as carências e as necessidades conduzem, mesmo na sociedade contemporânea, a buscar um salvador, a fim de apaziguar os mal-estares da vida. Na política, é comum,

18 LHOSA, op. cit, p. 34.

19 NEGRÃO, Lísias Nogueira. Revisitando o messianismo no Brasil e Profetizando seu futuro. Revista Brasileira de Ciências Sociais. vol. 26, n. 46. Junho/2007.

20 NEGRÃO; op.cit, p.1..

21 QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. O mandonismo local na vida política brasileira. São Paulo: IEB, 1969,p.10.

em tempos de eleição, o surgimento de um messias beneficiado de capacidades mágicas, a prometer pôr fim a tanto caos.

Um dos casos mais recentes ocorreu no Brasil durante as eleições para presidente. Jair Bolsonaro apareceu no cenário eleitoral, como um enviado divino, que se sacrifica para promover uma nova era com a promessa do retorno à moral e à justiça. Apoiado em um discurso libertador, propaga a ideia de combate à corrupção e a criminalidade com o compromisso de reprimir e encarcerar os afiliados da esquerda e os adeptos do comunismo, tidos por ele, como os maiores culpados. Os argumentos de Bolsonaro ganharam força, em parte pela disseminação da discórdia nas redes sociais, e em outra, para agradar um segmento da sociedade insatisfeita.

Aproveitando-se dessa cultura messiânica, políticos populistas, como Getúlio Vargas e Luiz Inácio Lula da Silva, com objetivos eleitoreiros, mantiveram-se no poder. Identificado com a classe trabalhadora, Vargas alcançou o poder com o forte apoio sindical. Por sua vez, Lula se aproximou da classe menos favorecida com o compromisso de protegê-los, difundindo a crença, de que somente ele, poderia levar o Brasil para um futuro extraordinário.

A ascensão de políticos latino – americanos, por repetidas vezes, mostra como o messianismo e o populismo foram usados como estratégia para a chegada ao poder. A insistência de líderes populistas e messiânicos em se perpetuar no comando é nociva ao sistema republicano.

Um dos exemplos mais notáveis é Hugo Chávez, e seu sucessor Nicolás Maduro, ao conferirem um atributo sagrado as suas próprias mensagens. O boliviano, Evo Morales, também representa a geração de populistas e messiânicos., na defesa de suas origens étnicas, chegou ao poder de forma heróica, identificado como a população pobre e predisposto a lutar pelos direitos indígenas. Na mesma situação, encontra-se Luiz Inácio Lula da Silva e Jair Bolsonaro. Cada um a seu modo, um do lado dos pobres, o outro como a voz da classe média abandonada pela esquerda, mas juntos no discurso salvador pronto e ensaiado.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há nada mais nocivo a um país do que estar submetido a uma retórica autoritária. Um ego individualista e propenso ao descontrole emocional é capaz de enterrar a esperança de uma existência próspera. O passado histórico da América Latina demonstra como os líderes populistas, messiânicos e autoritários usaram da estrutura do Estado, para perpetuar, os privilégios concedidos pelo poder. Imbuídos do papel de representantes da vontade geral sufocam o pensamento crítico e

silenciam as vozes livres.

Em governos autoritários, o ganho individual, em detrimento do interesse coletivo, é o propósito central, de quem não se importa em se beneficiar, à custa da mazela da maioria. As ilusões criadas por uma força política, intitulada como legítima e respeitável, servem tão somente para proliferar o cataclismo político e social. O carisma fabricado, alicerçado na imagem de salvador, permanece sendo uma das táticas preferidas, daqueles que insistem em se eternizar no poder.

Os últimos acontecimentos latino- americanos mostram uma realidade decadente proveniente da proliferação da cleptocracia. Mario Vargas Lhosa foi um dos escritores a divulgar, com variedade temática, os problemas de ordem política e econômica causados pela tradição autoritária. O panorama histórico descrito por Vargas Lhosa, em *Sabres e Utopias*, torna pública a irresponsabilidade e a corrupção desmedida, por tantas vezes comum, no cenário da América Latina. A sua maneira pessoal, oferece um testemunho sobre o legado do autoritarismo, representado pela desvalorização da participação política e pela fragilidade das instituições.

Da mesma forma, outras manifestações artísticas deram a sua contribuição na denúncia dos excessos cometidos pelos líderes autoritários. Os artistas, Rubens Gerchman, com sua escultura *Lute*, e o argentino Horacio Zabala, com seus mapas artísticos, questionaram a instabilidade política e a violenta repressão tão característica no período do regime militar.

Não há dúvidas de que o descuido com a democracia leva a uma desmobilização e um desengajamento da sociedade. Na atualidade, é frequente se deparar com o desrespeito às regras democráticas e a afronta às instituições tão características do gesto autoritário.

Negar acontecimentos históricos e adulterar a realidade é o recurso usado pela maior parte dos líderes latino- americanos. Qualquer artifício é válido para estar no comando. O culto a ignorância e a indução de pensamentos demonstram a governança irresponsável e descontrolada, favorável a conservar o atraso social e econômico.

A luta por manter os direitos e as garantias individuais deve ser um compromisso coletivo. Consentir com o ataque a separação dos poderes e apoiar a violência e a intolerância social está distante das atitudes esperadas de um governante democrático.

Do período colonial ao grito do Ipiranga, da velha República ao Estado Novo, de Getúlio Vargas, da Ditadura militar até os dias de uma inconstante democracia, o Brasil continua a abrir espaço para as promessas vãs, que em nada irão colaborar para o indispensável crescimento econômico. A combinação da democracia, da

inclusão social e do progresso econômico são os elementos básicos para o abandono definitivo do populismo, do messianismo e do autoritarismo.

Em contrapartida, tem-se multiplicado, em alguns países latino – americanos, a rejeição a direções autoritárias, por meio de intensos protestos, o que expõe o descontentamento com a continuidade dos tempos de penúria. O fracasso dos salvadores das pátrias tem sido recorrente diante da inviabilidade dos projetos políticos e a generalizada insatisfação.

A capacidade de responder pelos próprios atos, de agir de forma responsável está relacionada com a formação do indivíduo como cidadão. Viver em um país democrático é ser capaz de participar e de refletir, e antes de tudo, é ser consciente do conjunto de direitos e deveres.

REFERÊNCIAS

AGGIO, Alberto; PINHEIRO, Marcos Sorrilha. **Os intelectuais e as representações da identidade latino-americana.** In: Dimensões, v. 29, 2012, p. 22-49. Franca: Revista de Pós Graduação da Universidade Estadual Paulista. Disponível em: <http://www.periodicos.ufes.br/?journal=dimensoes&page=article&op=view&path%5B%5D=5396>.

AGUILAR, Gonzalo; CÁMARA, Mario. **A máquina performática: a literatura no campo experimental.** Rio de Janeiro: Rocco, 2017.

ASTÚRIAS, Miguel Ángel. **O Senhor Presidente.** Tradução: Luis Reyes Gil. São Paulo: Mundaréu, 2016. Coleção Nosotros.

BONFIM, Manoel. **O Brasil nação: realidade da soberania nacional.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1981, p.10.

BRESSER – PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil. Para uma nova interpretação da América Latina.** São Paulo: Editora 34, 1996.

----- **Democracia, Estado social e Reforma gerencial.** ERA. vol. 50, nº 1, jan/mar. São Paulo: FGV, 2010.

CARDOSO, Fernando Henrique. **O Presidente segundo o sociólogo.** Entrevista de Fernando Henrique Cardoso a Roberto de Toledo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. **O mandonismo local na vida política brasileira.** São Paulo: IEB, 1969, p.10.

LHOSA, Mario Vargas. **Sabres e Utopias: Visões da América Latina.** Tradução Bernardo Ajzenberg. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

MALAN, Pedro. **Uma certa ideia de Brasil: Entre passado e futuro.** 1.ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

NEGRÃO, Lísias Nogueira Negrão. **Revisitando o messianismo no Brasil e profetizando seu futuro.** Revista Brasileira de Ciências Sociais. vol. 26, nº 46, jun/2001.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

REZENDE, Maria José de. **O Arcaísmo político no Brasil**: As contribuições de Maria Izaura Pereira de Queiroz lidas à luz do pensamento social brasileiro. Revista de História e Estudos Culturais. vol. 3, ano III, nº 4, out/nov/dez. Londrina: UEL.

SILVA, Sidney Reinaldo da. **Estado, Educação e Equidade no Brasil**: A formação gerenciada da cidadania. Campinas, São Paulo: Mercado de Letras, 2012.

CONCURSO PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Data de aceite: 27/02/2020

Data de submissão: 13/12/2019

Mariana Jorge

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário
Curitiba

Curitiba - Paraná

<http://lattes.cnpq.br/1758270406151195>

Ana Luiza Chalusnhak

Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de
Direito da UFPR

Curitiba - Paraná

<http://lattes.cnpq.br/8917248967089585>

* Originalmente publicado em Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 131-154, jul./set. 2019. ISSN 1678-7072. Revista Zênite – Informativo de Regime de Pessoal (IRP), Curitiba: Zênite, n. 224, mar.2020, seção Doutrina.

RESUMO: Todo concurso público é regido por um edital, o qual delimita todas as regras e etapas do certame. Dentre as quais há a fase de investigação social. Esta fase visa identificar a idoneidade moral do candidato, e é responsável pela convalidação de muitos candidatos, principalmente dos que contêm inquérito penal ou ação penal ainda em curso, infringindo o princípio da presunção de inocência. Assim, cabe às Cortes Superiores realizarem o efetivo controle destas desclassificações, que após a

análise de cada caso concreto dissentem ou ratificam as decisões proferidas pela banca do concurso. Diante disto, este trabalho visa analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca das eliminações que ocorrem na fase de pesquisa social dos concursos públicos, referentes à exigência da idoneidade moral, em conflito com o princípio da presunção de inocência.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso público. Investigação social. Idoneidade moral. Princípio da presunção de inocência. Cortes superiores.

PUBLIC SERVICE EXAM AND THE PRESUMPTION OF INNOCENCE PRINCIPLE – UNDERSTANDING OF THE SUPERIOR COURTS

ABSTRACT: Every service exam have to follow an exam official notice that brings all the rules and stages that must be followed, and among them there is the phase of social investigation that postulates the question of moral suitability and this criterion is responsible for the convalidation of many candidates, especially those that contain criminal investigation or criminal action still in progress, this trespass the presumption of innocence principle. The Superior Courts have to realize the effective

controls of these declassifications, after the analysis of each concrete case they dissent or ratify such decisions made by the examining board. As a result, this paper aims to analyze the understanding of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice regarding the eliminations that occur in the social research phase of public services exams, referring to the requirement of moral suitability in conflict with the presumption of innocence principle.

KEYWORDS: Public service exam. Social investigation. Moral suitability. Presumption of innocence principle. Superior courts.

1 | INTRODUÇÃO

Este trabalho visa estudar o conflito que se dá na fase de investigação social em concursos públicos entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da moralidade.

A fase de investigação social tem como finalidade analisar a vida pregressa dos candidatos e tem o intuito de verificar a existência do requisito da idoneidade moral, exigido nos editais dos certames públicos.

Uma das formas mais usuais de contraindicação do candidato nesta fase se dá devido ao fato do candidato haver inquérito ou ação penal em curso, por não cumprir com a exigência do requisito editalício da moralidade, princípio constitucional previsto no artigo 37, caput. Entretanto, em contraponto, a partir da Constituição Federal de 1988, artigo 5º, LVII, é assegurado que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Diante disso, este trabalho visa analisar de que forma esse embate é desencadeado, a fim de obter uma conclusão acerca dessas divergências e apresentar o entendimento das Cortes Superiores sobre esta questão, verificando como são julgados os casos que chegam ao Poder Judiciário referentes às desclassificações nesta fase do certame.

2 | ACESSO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A principal forma de ingresso à administração pública se dá por intermédio do concurso público, o qual é regido por princípios próprios, positivados no artigo 37 da Constituição Federal.

Um dos princípios trazidos ao poder público por este artigo é o princípio constitucional-administrativo da moralidade, o qual afirma que não obstante os agentes públicos estarem vinculados estritamente ao que diz a lei, devido ao princípio da legalidade, o mero cumprimento da norma jurídica não é o suficiente, sua conduta deve estar integralmente relacionada e instruída por preceitos éticos e morais,

visando uma conduta íntegra e honesta por parte do gestor público (MORAES, 2005, p. 296).

Assim, o comportamento dos administradores não deve ser apenas lícito, mas também em concordância com o decoro, “a moral, os bons costumes, as regras da administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade” (DI PIETRO, 2017, p. 423). Desta forma Cármen Lúcia Antunes Rocha estabelece que todos os demais princípios são instituídos a partir do princípio da moralidade e todas as condutas administrativas devem estar fundamentadas nele (ROCHA, 1994, p. 213-214).

Além de respeitar os princípios constitucionais pertinentes ao concurso, a autoridade competente deve exercer sua discricionariedade no momento em que determina, previamente, os “requisitos de participação” e os seus “critérios de julgamento” para que a seleção dos candidatos seja integralmente objetiva e impessoal, com base nos princípios constitucionais-administrativos, conforme o estabelecido também no edital do concurso (JUSTEN FILHO, 2015, p. 920). O edital, instrumento que abarca todas as normas do concurso, deve trazer especificadamente todas as etapas que antecedem a aprovação no certame, as quais podem ser aplicadas desde que haja previsão expressa no edital do concurso e em lei.¹

Portanto, o concurso público é uma forma de ingresso na Administração Direta ou Indireta dos servidores públicos estatutários e celetistas ou dos militares estaduais e tem como objetivo selecionar os indivíduos mais qualificados ao exercício da função pública (BANDEIRA DE MELLO, 1969, s.p.). Ademais, visa obter simultaneamente a “moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público” e as mesmas condições de oportunidade a todos os candidatos (MEIRELLES, 2013, p. 494).

Por este motivo o Certame pode ser dividido em várias etapas, dentre elas há a fase de conhecimentos, provas de habilidades específicas, as quais usualmente tratam-se da fase de investigação social e/ou funcional, a etapa de capacidade física, avaliação médica, bem como, psicológica, dentre outras.² Tais etapas, via de regra, utilizam a aplicação de técnicas científicas com o intuito de preencher requisitos objetivos, para verificar quais são os mais aptos dentre os concorrentes para auferir as vagas do concurso público.

A fase de investigação social pode ser denominada como exame social, investigação de vida pregressa, pesquisa social dentre outras e se trata de “diligências (ambiência doméstica e social), entrevistas e pedidos de informação” (PARANÁ,

1 Conforme a Súmula Vinculante nº 44 do STF, a qual foi utilizada como fundamento para a decisão no RR-1561-43.2012.5.04.0021.

2 Será abordado mais especificamente a fase de pesquisa social, a qual se trata da investigação social acerca da conduta do concorrente diante da sociedade em que convive e comprovação de suas informações pessoais diante da entrega de documentos. Cf: BRASIL. **Projeto de Lei nº 252/2003**. Dispõe sobre as normas gerais relativas a concursos públicos. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105464>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

Polícia Militar do Paraná, Edital nº 02 – CADETE PMPR – 2019, 2018). E tem o intuito de averiguar a “comprovação da idoneidade moral e conduta do candidato” (PARANÁ, Servidores Militares Edital nº 061/2009 – PMPR, 2009) aferindo “por meio de investigação sobre a vida pregressa e atual do candidato, no âmbito social, funcional, civil e criminal dos candidatos” (BRASIL, Polícia Federal - Edital nº 1, CESPE, 2018), se o seu comportamento social não contraria os quesitos do edital e as “obrigações e deveres” do cargo que pretende exercer.

Diante do exposto, afere-se que a fase de investigação social tem o intuito de verificar se a conduta do candidato perante a sociedade está de acordo com os preceitos e fundamentos do futuro cargo e da administração pública, não podendo a administração pública, para não violar o princípio da vinculação ao edital tomar atitudes diferentes das previstas nas regras editalícias. Utiliza-se esta técnica de pesquisa social para assegurar que o poder público será exercido por quem é merecedor do mesmo, por quem tem capacidade de representar e efetivar os verdadeiros interesses do Estado, através da seleção de quem tem as melhores condições intelectuais, sociais e morais de fazê-lo.

Portanto, esta etapa tem como escopo realizar diligências para avaliar o comportamento social do concorrente, verificando se suas condutas são compatíveis com o exercício da função pública, ou seja, se está de acordo com os deveres e obrigações do futuro cargo almejado, e para que diante disso seja, então, merecedor da confiança da Administração Pública e também de toda a sociedade.

3 | REQUISITO SUBJETIVO DA IDONEIDADE MORAL E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme já mencionado, para garantir a observância da regra disposta no artigo 37 da Carta Magna, a Administração Pública deve cumprir os princípios nele mencionados, dentre os quais se encontra o princípio da moralidade. Assim, será esclarecido de que forma a administração procura evitar a violação deste princípio, realizando uma escolha diligente de seus administradores, no contexto dos concursos públicos, ao trazer requisitos como a comprovada moralidade na fase de pesquisa social.

O requisito da idoneidade moral é previsto nos editais dos concursos públicos e nas leis que individualmente regulam o ingresso em alguns cargos públicos, contraindicando possíveis concorrentes com conduta ímproba perante a sociedade, visto que se o participante do processo seletivo age de forma desonesta ou se envolve em atividades ilícitas, por exemplo, estará infringindo este requisito. Diante disso, verifica-se que a administração pública preza pela conduta moral ilibada do candidato inclusive antes de ingressar ao cargo público (WEICHERT, 2006, p. 57-

73), para que as ações realizadas dentro do poder público pelo candidato estejam em conformidade com o princípio da moralidade administrativa presente no artigo 37 da Constituição Federal.

Desta forma, os dados obtidos acerca do concorrente na fase de investigação social devem ser provenientes não apenas da Certidão de Antecedentes Criminais, mas também coletadas de seu convívio social para verificar se suas condutas são adequadas à função pública que irá realizar (RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação nº 01698020320148190001, 2015).

Devem ser coletadas informações nas instituições de ensino frequentadas e também perante amigos, parentes e vizinhos para certificar-se de que o concorrente dispõe dos padrões de moralidade exigidos e esperados de determinado cargo público, uma vez que não se trata apenas da verificação de questões meramente judiciais e sim de sua adequação, ou não, ao cargo que pretende exercer, pois após seu ingresso na Administração Pública estará representando o Estado e diante disso deve se portar de forma exemplar, conforme declara o princípio da moralidade e demais princípios dispostos no artigo 37 da Constituição Federal, devendo ser parâmetro para a sociedade.

Desta forma, verifica-se que ao almejar a moralidade no núcleo do campo de atuação da administração e que apenas por meio das ações de seus agentes isso se faz possível, vez que são o corpo físico que concretizam o funcionamento e desempenho do mesmo (COUTO, 2015, p. 569), o poder público encontrou uma forma de selecionar seus candidatos de forma mais rigorosa neste quesito, ao priorizar a moralidade na atuação dos agentes públicos inseridos na administração (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 10081500320148260053, 2014).

Diante disso, verifica-se que as leis e editais dos concursos públicos visam atender e buscar a moralidade preliminarmente, na fase de pesquisa social, pois analisando a vida pregressa do candidato estará selecionando os candidatos segundo sua aptidão para o exercício do cargo, bem como, deverá constatar a sua idoneidade moral, a partir de suas condutas perante a sociedade, a qual estará diretamente relacionada e refletirá nas suas ações futuras perante a administração pública, que devem ser guiadas pelo princípio da moralidade.

Ao analisar sua conduta perante a sociedade verifica-se também a existência, ou não, de bons antecedentes para que de acordo com a moralidade comprovada do candidato constate-se o cumprimento deste requisito, caso contrário será “contraindicado”, podendo ocorrer sua eliminação do concurso público.

A forma mais usual de contraindicação dos candidatos ocorre quando o candidato tem condenações ou processos penais, vez que fere o que preza a pesquisa social: a idoneidade moral do candidato e sua capacidade e moralidade

para exercer o cargo em nome do poder público (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 3710, 2000).

Dessa forma, há inúmeras desclassificações decorrentes da existência de inquérito penal ou ação penal em curso, decisões estas proferidas pelas bancas examinadoras dos Certames. Entretanto, tais decisões são levadas ao Poder Judiciário com frequência tendo em vista o confronto com o princípio da presunção de inocência.

3.1 Princípio Constitucional da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência é um direito que garante que todo cidadão, acusado de um delito, seja considerado inocente até que a haja referida sentença com trânsito em julgado, é o que estabelece a Constituição Federal em seu artigo 5º no inciso LVI. Assim, através da Carta Magna se confirma um dos princípios basilares do Estado de Direito responsável pela tutela da liberdade pessoal. (MORAES, 2008. p. 117).

Além disso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo XI, afirma que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as necessárias defesas” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos Humanos, UNIC, 2009).

Contudo, o embrião para que este princípio constasse na Constituição Federal foi o Decreto Legislativo nº 27 de 1992, do Congresso Nacional, que aprovou o texto do Pacto de San José da Costa Rica, que em seu artigo 8º, II afirma que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, CIDH, 1969). Diante disso, o Brasil, através da Constituição da República de 1988 e do Pacto de San José da Costa Rica reconhecem integralmente o princípio da presunção de inocência.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 464.947, o Ministro Celso de Mello expõe também que apesar de o princípio da presunção de inocência estar atrelado ao direito penal, o mesmo “irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-os para esferas não criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves consequências no plano jurídico” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 464.947 – SP).

Desta mesma forma entende o Ministro Ricardo Lewandowski, a partir da análise da carta magna, o qual afirma que a aplicação deste princípio “alcança quaisquer

medidas restritivas de direitos, independentemente de seu conteúdo ou do bloco que compõe, se de direitos civis ou de direitos políticos” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 482.006 – MG, 2007).

Sobre este princípio, há precedentes no Supremo Tribunal Federal que reafirmam e reasseguram este direito (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 79812, 2000). Porém, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça entendem que este princípio não é absoluto, relativizando-o (MORAES, 2008, p. 118).

4 | ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, referente ao princípio constitucional da presunção de inocência como embate à aplicação do requisito editalício relativo à idoneidade moral dos candidatos, traz entendimentos diversos, podendo ser citados alguns casos específicos, conforme se demonstra a seguir.

No Recurso Extraordinário com Agravo nº 1099974 julgado pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu a desclassificação do candidato no concurso público da polícia militar na fase de investigação social pelo fato do candidato estar respondendo a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado de sentença condenatória. O tribunal de origem decidiu pela manutenção da decisão do órgão administrativo, ou seja, a contraindicação e exclusão do candidato, pois conforme sua decisão é suficiente apenas o “envolvimento do candidato em inquérito policial, ainda que sem condenação pelo Poder Judiciário, para sua inabilitação em concurso público para o cargo de policial” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1099974, 2018) tendo em vista que fere um dos requisitos para tal profissão e inscrição neste concurso: o quesito da idoneidade moral. Porém, após interposição de recurso ao Supremo Tribunal Federal o Ministro Lewandowski citou outros precedentes afirmando que a exclusão de candidato na fase de pesquisa social dos concursos públicos por haver mera envoltura com inquérito penal, sem o trânsito em julgado da condenação, viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Ademais, segundo ele o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal acerca deste tema esta tratado no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 655.179-PR (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1099974, 2018), no qual o Relator Ministro Edson Fachin afirma que infringe o princípio da presunção de inocência “a exclusão de candidato de concurso público que respondeu a inquérito ou ação penal sem

trânsito em julgado de sentença condenatória”, nos termos do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 655.179-PR, 2016).

O Supremo Tribunal Federal preza em respeitar o princípio da presunção de inocência, vez que se trata de uma “conquista histórica dos cidadãos, em sua permanente luta contra a opressão do poder”, e visa a permanência do estado de inocência da pessoa até que sobrevenha decisão definitiva de tal situação, ou seja, o trânsito em julgado do processo (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo no Recurso Extraordinário nº 993189, 2016).

Diante disso, verifica-se que o concorrente não poderá ser tratado como culpado pelo fato imputado, devido a este princípio, o qual proíbe que o candidato seja visto desta forma por qualquer tipo de conduta (GOMES; MAZZUOLI, 2008. p. 85-91). Ou seja, se trata da “prerrogativa de ser sempre considerado inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação judicial” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 135100, 2016).

Diante do exposto verifica-se que há jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, alegando que a mera existência de processos ou inquéritos penais não configura a sua desclassificação na fase de investigação social, para não violar o princípio constitucional da presunção de inocência.

Entretanto, a fase de pesquisa social, não se trata apenas de averiguar se há processos e inquéritos criminais em nome do candidato e sim verificar acerca da “conduta moral e social do candidato no decorrer da sua vida, com base em elementos idôneos hábeis a aferir se ele possui conduta condizente com o cargo público pretendido”, isto pode ser analisado no Recurso Extraordinário 834581 DF, no qual se debate a possibilidade do candidato que responde processo criminal de participar em concurso público. O Ministro Luiz Fux afirma que “havendo a exigência legal e legítima de comprovação do requisito de moral inatacável, não poderia a administração passar ao largo desta e desconsiderá-la”, ainda mais no presente caso de concurso público para o cargo de policial militar, vez que se trata de cargo que se é exigida conduta “irrepreensível do candidato, comportamento antecedente compatível com o cargo almejado, boa saúde psíquica para manter a paz social, conforme demanda o próprio Estatuto dos Policiais-Militares” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 834581 – DF, 2015).

Diante do exposto, o Ministro entende que deve haver sensatez por parte do julgador, devendo ponderar tais princípios, o princípio da presunção de inocência e o princípio da moralidade, visando o bem comum da coletividade através do quesito da moralidade administrativa.

Outro caso em que se levou em consideração a idoneidade moral ao invés de

apenas dar importância aos envolvimento penais do candidato, que não trariam sua exclusão do concurso público, foi no Recurso Extraordinário com Agravo 1054696 DF, que trata acerca da desclassificação do candidato na fase de investigação social para o cargo de policial militar, no qual o relator Edson Fachin concluiu que esta fase visa justamente averiguar a adequação do concorrente ao cargo que pretende ingressar. Cita ainda a lei de ingresso ao cargo, que prevê o requisito da idoneidade moral e demais quesitos que definem a ética profissional da profissão. Segundo este Ministro não se trata como ausência do requisito da idoneidade moral apenas o envolvimento em processos e inquéritos penais, mas trata-se também de “conduta familiar, social e profissional” moralmente aceita (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário com Agravo nº 1054696 – DF, 2017).

Na Ação Cautelar nº 3748 SP, a parte autora impetrou mandado de segurança visando anular suposto ato coator do Diretor de Pessoal da Polícia Militar do Estado de São Paulo, por ter sido desclassificado na fase de pesquisa social no concurso para Investigador de Polícia, destinado à formação de oficiais da Polícia Militar. A relatora Cármen Lúcia, trouxe o argumento de que há “regularidade na utilização de critérios discricionários para a exclusão do candidato no aludido concurso público”, vez que previsto em edital esta possibilidade. Ademais, sendo que fora comprovado com documentos “a falta de perfil e idoneidade moral do autor para integrar a carreira de Policial Militar”, sendo portanto incompatível sua situação perante o cargo que pretende exercer, independente da existência ou não de antecedentes criminais (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Cautelar nº 3748 – SP, 2014).

Neste caso, o candidato foi contraindicado conforme os documentos juntados pela parte contrária que descreviam minuciosamente seu comportamento “(que se indicou) reprovável em convívio escolar”, sendo, portanto incompatível ao cargo que pretendia exercer com base nos critérios editalícios em relação ao “seu perfil psicológico e o esperado para o cargo.” O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu a favor do impetrado, tendo em vista que o edital prevê tais regulamentações acerca da desclassificação do candidato, bem como por terem sido juntados os documentos que comprovam a ausência de “idoneidade moral do autor para integrar a carreira de Policial Militar”. Em sede do Supremo Tribunal Federal não foi admitido o recurso do autor, denegando seus argumentos, mantendo sua desclassificação (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Cautelar nº 3748 – SP, 2014).

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça prezam pela aplicação da Constituição Federal, os argumentos utilizados em suas decisões sobre a fase de investigação social do concurso público e processos penais sem trânsito em julgado, são baseadas em dois princípios constitucionais-administrativos: o princípio da presunção da inocência (artigo 5º, LVII da Constituição Federal) e o princípio da moralidade (artigo 37, caput da Constituição Federal).

No Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 1689305 RJ o Superior Tribunal de Justiça afirma ter conhecimento da orientação do Supremo Tribunal Federal a respeito da posição do mesmo em algumas jurisprudências ao tratar de candidatos que apresentam inquérito policial ou ação penal a seu desfavor, que mesmo com este agravante, não seria lícito a eliminação do mesmo na fase de investigação social, em respeito à Constituição Federal, que preza pelo princípio da presunção de inocência. Entretanto o Superior Tribunal de Justiça afirma que em alguns casos é preciso também analisar a questão pelo viés da moralidade que também está prevista na Constituição da República.

De acordo com os entendimentos acima, o caso em questão trata de concurso público na carreira de agente de polícia federal, no qual o candidato figura como réu e responde por crime de lesão corporal no trânsito, além da acusação de prática no crime de corrupção ativa. Entende esta Corte, que para assumir um cargo na Administração Pública se faz necessário a idoneidade moral e conduta ilibada, dando ênfase para a aplicação do princípio da moralidade, apesar da inexistência de condenações com trânsito em julgado referentes aos atos infracionais mencionados (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 1689305 – RJ, 2017).

Como exemplo de que o passado do candidato pode ser “julgado” ou “apreciado” pela investigação social há a decisão do Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 35.016 RS, no qual o candidato à carreira de Agente Penitenciário responde a onze boletins de ocorrência: por lesão corporal, ameaça, estelionato e porte ilegal de armas. Neste caso, mesmo sem ter a sentença julgada em última instância, e contendo no edital do concurso a fase de investigação social e o requisito da idoneidade moral, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que esta etapa do concurso público deve, além de apurar infrações criminosas, verificar o perfil do candidato quanto a sua idoneidade moral, não sendo legítima a sua contratação, pois há muitas evidências de ofensas aos valores morais e éticos, negando o provimento do recurso ordinário sem ferir o princípio da presunção de inocência em favor do princípio da moralidade.

Diante do exposto, vimos que as decisões são baseadas em princípios presentes na Constituição Federal, nas quais muitas vezes se torna difícil diferenciar, separar e definir estes dois princípios sem ferir a Constituição em prol de um ou de outro, onde um afirma que “ninguém pode ser condenado sem trânsito em julgado” e o outro trata da “idoneidade moral” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 35.016 – RS, 2017). Assim, deve ser realizada a análise de cada caso concreto, havendo ponderação de tais princípios.

4.1 Efetivo Controle das Decisões Administrativas pelo Poder Judiciário

Embora os Tribunais Superiores tenham diversos entendimentos acerca do tema, a investigação social em relação à vida pregressa do candidato faz referência a um parâmetro subjetivo de admissibilidade à administração pública realizado pela esfera administrativa. Diante disso, torna-se mais árduo o efetivo controle das desclassificações nesta fase do concurso, vez que o candidato ao se inscrever no certame concorda com todas as regras pré-estabelecidas em edital, cedendo à discricionariedade³ de sua inaptidão nesta fase, e conseqüente desclassificação do concurso, à Comissão do Concurso. Perante este fato questiona-se quais os limites do órgão que promove o concurso quanto a contraindicação dos candidatos nesta fase, vez que apesar de sua discricionariedade não se pode agir de forma ilimitada.

Para minorar estas indagações, o edital apresenta algumas formas de delimitar as possíveis desclassificações, as quais determinam em que aspectos serão realizadas as análises acerca da vida pregressa do candidato. Abordando também possíveis hipóteses de contraindicação. Diante disto, o edital exige que quando o concorrente for eliminado do certame devido a contraindicação na fase de pesquisa social, seja comunicado do resultado de forma privada e tem o direito de interpor recurso administrativo devidamente justificado (PARANÁ, Polícia Militar do Paraná, Edital nº 01 – CADETE PMPR – 2019, 2018) desta decisão, em respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Diante das indagações sobre um possível ato de desclassificação ilegal ou abusivo por parte do órgão da administração pública que está realizando o concurso, verifica-se que é possível a análise destas decisões administrativas perante o Poder Judiciário, para que se realize um efetivo controle das decisões realizadas em âmbito administrativo não violando a separação de poderes (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 763338, 2014).

No tocante à interferência do Poder Judiciário nas decisões de mérito administrativas, referentes às desclassificações na fase de pesquisa social nos concursos públicos, entende-se que não há violação do princípio da separação dos poderes no “controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos, incluídos aqueles praticados durante a realização de concurso público” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 753331, 2013).

³ A discricionariedade, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é o poder assegurado à Administração Pública para que tenha liberdade de atuação diante de cada caso concreto, conforme os critérios de oportunidade e conveniência. Neste mesmo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello entende que há uma margem de liberdade, que deve ser preenchida de acordo com o juízo de valor subjetivo do administrador. Contudo, a discricionariedade administrativa não será tema de estudo neste trabalho. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 279-280. e MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. ver e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 970.

Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal Federal, no qual afirma ser competência do Poder Judiciário rever as decisões administrativas acerca destas desclassificações sempre que tratar de possível decisão ilegítima “que dá azo a arbitrariedades por parte dos agentes integrantes da Comissão” e viole as normas editalícias e os princípios (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 44.360 – MS, 2013) constitucionais-administrativos inerentes ao concurso público e à administração pública.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se através desta pesquisa doutrinária e jurisprudencial que a investigação social presente em alguns concursos públicos muitas vezes desclassifica os candidatos que possuem processos penais sem trânsito em julgado, por ser considerado um desrespeito ao requisito, editalício e/ou normativo de ingresso ao cargo, da moralidade idônea.

Entretanto, a partir da premissa do princípio constitucional da presunção de inocência, verificou-se que esta recorrente exclusão do candidato devido a mera existência de inquérito ou ação penal em curso viola este preceito constitucional. Desta forma, é competente a Suprema Corte para a análise e eficaz controle acerca da legitimidade da exclusão de tais candidatos.

Este trabalho demonstrou que a solução definitiva nunca deve se sobrepor a Constituição da República, pois é nela que os órgãos superiores vão embasar suas conclusões e decisões finais, levando em consideração os princípios ali contidos, como o da moralidade e o da presunção de inocência.

Assim, o entendimento dos Tribunais Superiores se baseia na concepção de que a eliminação do candidato na fase de pesquisa social não pode se dar única e exclusivamente devido ao candidato estar respondendo a inquérito penal ou ação penal, ficando evidente o respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência. Contudo, a desclassificação pode ser fundada no princípio da moralidade, princípio da vinculação ao edital, bem como no princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Polícia Federal, de 14 de junho de 2018. Edital nº 1 do concurso público para provimento de vagas nos cargos de Delegado de Polícia Federal, Perito Criminal Federal, Agente de Polícia Federal, Escrivão de Polícia Federal e Papiloscopista Policial Federal. **CESPE**. Disponível em: <<http://www.>

cespe.unb.br/concursos/pf_18/arquivos/ED_1_DPF_201___ABT.PDF>.

_____. **Projeto de Lei nº 252/2003.** Dispõe sobre as normas gerais relativas a concursos públicos. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105464>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 3710 – MG. Relator: Ministro Jorge Scartezini. Data de Julgamento: 04 de setembro de 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 655.179-PR. Relator: Ministro Edson Fachin. Data de Julgamento: 20 de outubro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 753331. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de Julgamento: 17 de setembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 763338. Relator: Ministro Teori Zavascki. Data de Julgamento: 03 de junho de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 1689305 – RJ. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Data de Julgamento: 21 de novembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1099974. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 29 de junho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 35.016 – RS. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Data de Julgamento: 06 de junho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 44.360 – MS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data de Julgamento: 05 de dezembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Habeas Corpus nº 79812 – SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 08 de novembro de 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 3748 – SP. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 13 de novembro de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 993189. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 12 de setembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 135100. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 01 de julho de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1054696 – DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Data de Julgamento: 31 de agosto de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 464.947 – SP. Relator: Ministro Celso de Mello.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 482.006 – MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 834581 – DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 24 de fevereiro de 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. **CIDH**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.con.vencao_americana.htm>.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense 2017.

_____. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica**. v.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo. Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. ver e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. **UNIC**, Rio de Janeiro, n. 005, jan. 2009, p. 7. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>.

PARANÁ. Polícia Militar do Paraná. Edital nº 01 – CADETE PMPR – 2019 do concurso público destinado ao preenchimento de vagas no cargo de Cadete Policial Militar da Polícia Militar do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://portal.nc.ufpr.br/PortalNC/PublicacaoDocumento?pub=118>>.

_____. Polícia Militar do Paraná. Edital nº 02 – CADETE PMPR – 2019. Retificação do Edital nº 01-CADETE PMPR-2019. Disponível em: <<http://portal.nc.ufpr.br/PortalNC/PublicacaoDocumento?pub=138>>.

_____. Servidores Militares. Edital nº 061/2009 – PMPR. Concurso público para preenchimento de vagas de Soldado Policial Militar (QPM 1-0) e de Soldado Bombeiro Militar (QPM 2-0) da Polícia Militar do Paraná. Disponível em: <<http://www.pmpr.pr.gov.br/arquivos/File/pmpr/Edital.pdf>>.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (10. Câmara Cível). Apelação nº 01698020320148190001 RJ 0169802-03.2014.8.19.000., Relator: Des. Eduardo Gusmao Alves de Brito Neto. Data de Julgamento: 15 de junho de 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (10. Câmara de Direito Público). Apelação nº 10081500320148260053 SP 1008150-03.2014.8.26.0053. Relator: Torres de Carvalho. Data de Julgamento: 15 de dezembro de 2014.

WEICHERT, Marlon Alberto. A sentença condenatória na ação de improbidade administrativa. Profundidade e extensão das sanções. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, abr./jun. 2006.

DEFENSORIA PÚBLICA COMO A GUARDIÃ DOS ENCLAUSURADOS HIPOSSUFICIENTES

Data de aceite: 27/02/2020

Mariana Fernandes Barros Sampaio

, Especialista Em Direito Público, Advogada E Docente Da Faculdade De Colinas Do Tocantins/To;

Igor Tavares dos Santos

graduando no 9º Período de Direito, estagiário da Defensoria Pública de Colinas do Tocantins/TO;

Vitor Josias Gomes dos Santos

graduando no 5º Período de Direito, estagiário do Tribunal de Justiça do Tocantins.

RESUMO: A Defensoria Pública é Instituição permanente, democrática, que possui função essencial à justiça conforme preconiza o art. 134 do pergamino constitucional, incumbida de prestar assistência jurídica aos necessitados, além de promover transformações de ordem social. O presente artigo demonstra um breve histórico sobre instituição, a relevância do papel da Defensoria Pública, o conceito de justiça e seu acesso, bem como a Defensoria Pública no exercício do acesso à justiça. Por fim, é tratado o panorama atual da assistência jurídica integral e gratuita no Brasil em contraposto a inexistência desta instituição.

PALAVRA-CHAVE: Defensoria Pública, Direitos Humanos, Direito de Defesa, Devido Processo Legal e Contraditório.

PUBLIC DEFENSORY AS THE GUARDIAN OF HYPOFFUICENT ENCLOSURE

ABSTRACT: The Public Defender's Office is a permanent, democratic institution that has an essential function for justice under article 134, which is responsible for providing legal assistance to those in need, as well as promoting social changes. This article shows a brief history of the Institution, the relevance of the Public Defender's role, the concept of justice and its access, as well as the Public Defender's Office in the exercise of access to justice. Finally, the current scenario of free and full legal assistance in Brazil is treated as opposed to the lack of this institution.

KEYWORDS: Public Defender, Human Rights, Right of Defense, Due Process of Law and Contradictory

1 | INTRODUÇÃO

A presente pesquisa recai sobre um dos direitos fundamentais dos cidadãos que é o direito de defesa às pessoas carentes ofertada pela Defensoria Pública. Este e outros direitos humanos ou fundamentais como chamado no Brasil é uma luta, visto que desde 1824 que o país promulga constituições para promover a efetivação de direitos à população, mas

somente em 1988 que houve a promulgação de uma constituição verdadeiramente democrática e cidadã.

Destarte, este artigo apresenta a relevância da Defensoria Pública na sociedade, a qual tem um papel fundamental de promover a defesa daqueles que estão sem voz e sem vez no meio social, à mercê desta sociedade desigual. E é com escopo de amenizar esta discrepância que faz jus a sua existência.

Deste modo, o objetivo aqui é frisar que todo criminoso tem direito a defesa, independente de ter recursos financeiros ou não, seja em processo legal ou contraditório, pois todos são amparados pelo art. 5º da Carta Magna de 1988 que prescreve que todos são iguais perante a lei, independente de raça, cor, classe social e outros.

Durante o estudo percebe-se que no Brasil somente quatro Estados estão sendo atendidos com uma quantidade de defensorias públicas equivalente as demandas existentes nas suas respectivas Comarcas, quais sejam, Tocantins, Roraima, Rio de Janeiro e Distrito Federal, e existem dois que estão sofrendo mais com quantidade reduzida de defensorias que são: Maranhão e Bahia.

Apesar de existirem criminosos carentes financeiramente em toda parte do território brasileiro e possuem os mesmos direitos diante da legislação, a maioria vive a sofrer com o “descaso” do Estado democrático por falta de profissionais e instituições públicas protetoras.

A metodologia utilizada para chegar a estes resultados foi feita com base em estudos teóricos em livros, legislações e visitas a Cadeia Pública de Colinas do Tocantins/TO, onde percebe-se que encontram-se diversos hipossuficientes enclausurados que em sua maioria são/estão atendidos pelo Poder Público da Defensoria através dos patronos que tanto em Colinas do Tocantins quanto no Estado do Tocantins acham-se atarefados com diversos casos. Todavia, mesmo diante de tal quadro, Colinas e o Estado do Tocantins estão atendendo as normativas da legislação em prol das vítimas e do criminoso, respeitando o seu espaço enquanto cidadã e cidadão.

2 | CONTEXTO HISTÓRICO DA DEFENSORIA PÚBLICA

O conceito de acesso à justiça, está expressamente previsto no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal vigente, no qual consta a seguinte redação: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

Nesse íterim, nota-se que o acesso à justiça, até a promulgação da Constituição de 1988, era tão somente um direito formal do indivíduo, o qual não possuía sua rigorosa aplicabilidade na prática.

Através de trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), em meado de 1987, surgiram movimentos organizados com a finalidade de reivindicarem a criação de Defensorias Públicas como meio de assegurar a defesa dos direitos àqueles menos favorecidos, desprovidos de justiça.

Nessa toada, frisa-se que o surgimento da Defensoria Pública se deu em meado de 1988, nascendo aí, um órgão jurisdicionado, propício a prestar assistência jurídica integral e gratuita às pessoas carentes, consagrando-se expressamente no artigo 134 da Carta Magna de 1988, o qual preleciona a seguinte redação: “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5, LXXIV”.

Assim, vê-se que Defensoria Pública se tornou uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional Estatal, ante a sua real relevância de atuação e previsão constitucional.

2.1 Relevância no Papel Exercido pela Defensoria Pública

Em primeiro plano, mister se faz esclarecer, de forma sucinta, nessa linha de abordagem, a relevância da Defensoria Pública, tendo como contrapartida o déficit da instituição em determinados Estados Federados, o qual ocasiona a cristalina infringência constitucional, bem como, produz como consequência a falta de acesso à justiça por parte dos menos favorecidos, denominados de hipossuficientes.

Maria Tereza Sadek, em seu artigo denominado “A Defensoria Pública no Sistema de Justiça Brasileiro”, sobre a instituição, conclui:

Nesta acepção mais ampla sobressai o papel da Defensoria Pública, como instituição absolutamente primordial. Não se trata apenas de um organismo incumbido de defender aqueles que não têm meios materiais de se fazer representar junto à Justiça estatal, mas de instituição com potencial de atuar em todo processo de construção da cidadania: da concretização de direitos até a busca de soluções, quer sejam judiciais ou extrajudiciais.

Assim, há de ser observada a relevância social e a democratização igualitária do acesso à justiça, através de demandas propostas pela Defensoria Pública, onde se assegura aos que possuem poucos recursos essa participação justa e igualitária perante o Poder Judiciário.

Portanto, mostra-se a Defensoria Pública como uma Instituição voltada a potencializar o sistema social, ante as vias judiciais e solução de conflitos.

Nesse sentido, aduz Maria Tereza Sadek:

Não se adentram as portas do judiciário sem o cumprimento de ritos e a obediência a procedimentos. Entre eles está a necessidade de defesa por profissionais especializados - os advogados. Ora, o acesso aos advogados, por sua vez,

depende de recursos que na maior parte das vezes os mais carentes não possuem. Assim, para que a desigualdade social não produza efeitos desastrosos sobre a titularidade de direitos, foi concebido um serviço de assistência jurídica gratuita - a Defensoria Pública.

Diante do supra esposado, a consagração da Defensoria Pública mostrou-se como um meio de paridade de armas, entre o rico e o pobre, para que, no Estado democrático de direito, todos possam recorrer ao judiciário com a efetiva satisfação de suas pretensões postuladas judicialmente, sejam elas satisfatórias, ou não.

2.2 Atuação da Defensoria Pública na Instrumentalização do Direito de Defesa

Sabe-se que o meio de defesa é um mecanismo constitucional assegurado pela carta magna de 1988, com previsão legal, também, em leis infraconstitucionais, visando garantir que nenhuma pessoa possa ser julgada sem exercer seu contraditório e ampla defesa.

A Defensoria Pública vem exercer um papel fundamental e indispensável na defesa dos hipossuficientes. Como grande relevância e a título de exemplo, pode-se verificar a atuação do órgão nos presídios, nos quais a grande maioria dos ergastulados, são assistidos pela Instituição, pois como boa parcela da população, são desprovidos economicamente.

O meio de defesa, e acima de tudo o direito de resposta, vem consagrado expressamente na Constituição Federal, devendo ser assegurado a todos um acesso justo e igualitário, em sua representatividade perante o judiciário. Ensina Renato Brasileiro (2011, p.19):

Também deriva do contraditório o direito à participação, aí compreendido como a possibilidade de a parte oferecer reação, manifestação ou contrariedade à pretensão da parte contrária. Enfim, há de se assegurar uma real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo, assegurando a efetividade e plenitude do contraditório. É o que se denomina contraditório efetivo e equilibrado.

Ainda conforme Renato Brasileiro (2011, p.21):

O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório - o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação.

Destarte, é imprescindível a atuação da Defensoria Pública como meio assecuratório à instrumentalização do direito de defesa, pois, conforme já ressaltado, tem-se que um elevado contingente populacional não possui recursos suficientes para alcançar e exercer seus meios de defesa perante o Judiciário.

Diante da preciosidade e grandeza do tema, necessário trazer à baila, no presente artigo, a assistência aos encarcerados, tema que ressoará a diante.

2.3 Violabilidade do Direito de Defesa, Ante À Ausência da Defensoria Pública

O direito de defesa é um direito amplo e incontestável, positivado no ordenamento jurídico pátrio da carta política de 1988, ora, esse direito não teve seu surgimento de forma simples e sem luta durante a evolução histórica desta nação, forma de estado ou surgimento do homem.

Assevera-se, que esta dificuldade advém do próprio direito de defesa, pois no campo histórico, o Estado punia sem observar os princípios da dignidade do ser humano ante a punição, á época as penas, as formas de punições e o julgamentos eram realizadas ao bel prazer do monarca, suprimindo ou sem o prévio direito de defesa.

Esse direito fundamental sempre arguiu preocupações, de maneira que os legisladores buscaram assegurá-los, mesmo de forma tênue, por exemplo, a Inglaterra, que elaborou cartas e estatutos que vieram a preservar os direitos mínimos do homem, citou: Magna Carta (1215-1225), a Petition Of Rights (1628, o Habeas Corpus Amendment Act (1679), e por fim a Bill Of Rights (1688).

Na concepção moderna, a primeira declaração de direitos fundamentais remonta 12-01-1776, qual seja: Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia, das treze colônias Inglesas na America. Destaca-se ainda que, o documento mais importante a este respeito remonta a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que fora escrita na França em 1789.

Esta carta Francesa de 1789 promoveu a universalização dos direitos e garantias individuais em todo mundo, inúmeros países elaboraram suas cartas políticas com esse arcabouço teórico, veja-se o artigo 12 desta Declaração: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrarias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”.

A exegese da Declaração inspirou os legisladores de vários países a adotarem os instrumentos de proteção à dignidade da pessoa humana, não sendo diferente o Brasil, na carta de 1988, que positivou no artigo 1, inciso III, da Constituição da Republica Federativa do Brasil.

Com isso, de certo se iniciam mecanismos que se habilita ao ora réu amparo ante ao estado e o seu julgador o direito de defesa, mesmo que o denunciado não detivesse recursos financeiros para os honorários do advocatus ele deve ser defendido em todos os graus de jurisdição, se ele não tem recursos os demais cidadãos que compõe o Estado tomam para si esta obrigação de saldar o honorários

do defensor, vez que o direito de ampla defesa e contraditório deve ser resguardado, tendo em vista que hoje é ele e não nós, como afirma Bertolt Brecht no intertexto.

Destaca-se ainda que, o direito de defesa é imposto, pois até Cristo deu ao réu o direito de defender-se no processo, como bem visto no trecho do livro de Pedro Paulo Filho, *A Revolução da Palavra*, 20 ed, pag 168: Deus que tudo sabe, antes de proferir a sua sentença contra Caim, que acabava de derramar o sangue de seu irmão, quis ouvi-lo, como narra a sagrada escritura, dando aos homens, como este exemplo, a indicação de defesa é, entre todos, o mais sagrado e inviolável. Assim, a República Brasileira introduz formas de defesa no processo judicial, são elas:

2.3.1 Do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal é assegurado a todos, isto é, todas as pessoas deverão ter no processo os seus direitos respeitados para que não ocorra nenhuma arbitrariedade. Imprescindível atentar-se aos ensinamentos de Moraes (2003, p.123) que diz:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, a publicidade do processo, a citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, a decisão imutável, a revisão criminal).

Desta forma, resta claro que o processo judicial deve ter em síntese o devido percurso e respeitar as formas instauradas pelo poder legislativo, bem como, assegurar ao requerido os institutos de defesa, e não criar um novo direito penal do inimigo, com novas punição pela pessoa e/ou pelo fato praticado, segregando este como uma pessoa ínfima ante os demais.

2.3.2 Do Contraditório

O contraditório impõe ao aplicador da lei que em todos os atos processuais às partes deve ser assegurado o direito de participar, em igualdade de condições, oferecendo alegações e provas, de sorte que se chegue à verdade processual com equilíbrio, evitando-se uma verdade produzida unilateralmente. Bastos (1998, p. 226) afirma que: “Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável. A tudo terá de ser assegurado o direito do réu de contraditar, contradizer, contraproduzir e até mesmo de contra agir processualmente”. Ensina Renato Brasileiro (2011, p.19):

Também deriva do contraditório o direito à participação, aí compreendido como a possibilidade de a parte oferecer reação, manifestação ou contrariedade à pretensão da parte contrária. Enfim, há de se assegurar uma real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo, assegurando a

efetividade e plenitude do contraditório. É o que se denomina contraditório efetivo e equilibrado.

Nesse diapasão, resta demonstrado que a defesa e seus elementos são essenciais ao exercício do direito em todos os seus aspectos. Observa-se que o direito de se defender é impositivo, vindo a ser indeclinável para o hipossuficiente que não detém recursos para adimplir com um patrono particular, que sim tem seus custos.

No Brasil, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 54,8 milhões de brasileiros vivem com US\$5,5 por dia ou R\$406,00 (quatrocentos e seis reais) por mês. Destes, 25 milhões residem na região Nordeste. Nessa vereda ¼ da população brasileira está na linha de pobreza, não podendo arcar com os honorários para o acesso a justiça.

Sabe-se que a Defensoria Pública visa garantir aos hipossuficientes o acesso em todas as instâncias e juízos, de forma gratuita, sendo instituição essencial a justiça. Sua ausência caracteriza sim a violação do direito de defesa, principalmente em um país onde ¼ da população é miserável e, não consegue constituir um advogado particular, para promover sua postulação em juízo, é cristalino o afronte ao direito de defesa.

Cabe advertir que o crime cometido ou sendo acusado de ter cometido não lhe impõe a falta de um postulante, não é usado no Brasil a teoria de diminuição de direitos ao réu em um direito penal do inimigo.

É notório que o acusado sempre é revestido do mal, como bem lecionou Rui Barbosa, no Dever do Advogado (Carta resposta) (1911, p.68): “O acusado reveste aos seus olhos a condição de monstro sem traço de precedência humana. A seu favor não se admite uma palavra. Contra ele tudo o que se alegar, ecoará em aplausos.” Ante todo o explanado, não se pode como defensores do direito, operadores ou não, admitir-se, mesmo ante qualquer pretexto nesta linha tênue entre o certo e errado, a ausência do direito de defesa.

2.4 Ausência da Defensoria Pública em Contraposto a Existência

A Defensoria Pública como instituição essencial para o acesso à justiça deveria estar presente em todas as localidades existentes, ou em comarcas necessárias. Nessa vereda é nítido que no Brasil mesmo havendo Defensorias Públicas Estaduais em todas as unidades federativas, subsiste uma discrepância na proporção de comarcas atendidas e as necessárias.

Ora, apenas quatro unidades federativas têm Defensoria Pública em todas as comarcas, quais sejam: Roraima (RR), Tocantins (TO), Rio de Janeiro (RJ) e Distrito Federal (DF), de outro norte é nítido a situação turbulenta vivida por alguns Estados,

na tabela estão no piso Bahia (BA) e Maranhão (MA). Na Bahia, somente 28 das 276 comarcas são atendidas pela Defensoria, ou seja, 10% do total. No Maranhão, esse número é ainda menor, abrange apenas 5% das áreas que deveriam ser atendidas. Observa-se quantas comarcas são atendidas pelas Defensorias em cada Estado, segundo o Ministério da Justiça, o que se confirma pelo IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil (2015).

Nesse diapasão, é cristalina a segregação de forma inevitável do direito ao acesso a justiça em todas as formas de justiça e grau de jurisdição. Imagine a situação dos enclausurados neste estado de calamidade pública?

De outro norte, quando se observa o alcance das defensorias nas unidades jurisdicionais o número reduz drasticamente. Os Estados de São Paulo, Bahia, Rio Grande do Norte têm defensorias em apenas 3% de suas unidades.

Em contraposto, o Rio de Janeiro e o Acre demonstra situação totalmente diferente, atendendo 100% e 95% de suas unidades jurisdicionadas. Vale destacar a maior quantidade de varas por estado, São Paulo (1.604), Minas Gerais (852) e Bahia (731).

Ora, é nítido assim, a quantidade pífia de defensores públicos nas diferentes regiões do país, conforme o diagnóstico das defensorias públicas.

Nesse vereda, a necessidade de novos investimentos nas Defensorias Públicas é medida que se impõe, pela sua necessidade, por essencialidade ao bom desenvolvimento da justiça e para o fim de assegurar o direito de acesso à justiça, positivado na Constituição da República Federativa do Brasil.

2.5 Defensoria Pública no Estado do Tocantins

A Defensoria Pública foi positivada e criada no sistema *jus* político brasileiro com a promulgação do pergaminho constitucional de 1988, conforme o artigo 134, e seu §1º. No recém criado Estado do Tocantins, que também fora criado pelo ADCT da Constituição (artigo 13 e parágrafos).

Após a criação do Tocantins, por meio da Constituição do Estado, promulgada em 05 de outubro de 1989, criou-se/intalou-se a Defensoria Pública do Estado do Tocantins, sendo implantada na então Capital Provisória, Miracema do Tocantins, sendo que foram nomeados em regime comissionados, Defensores Públicos, por meio de Decretos do, à época, Governador do Estado, Sr. José Wilson Siqueira Campos. Empós alguns anos, mais precisamente em 1990, fora realizado o primeiro concurso público, cumprindo a determinação constitucional.

Esta Defensoria Pública Estadual, tem uma missão difícil, mas certamente alcançada, qual seja, assegurar o acesso à justiça, integral e gratuito aos necessitados, vez que esta instituição tem sedes em todas as 42 comarcas do Tocantins, sendo

divididas em nove Núcleos Regionais de atendimento.

Esta instituição é composta por 110 Defensores Públicos, 645 Servidores, 102 Voluntários e 170 Estagiários, os quais garantem o acesso à justiça dos hipossuficientes do Estado do Tocantins, conforme o relatório de gestão de pessoas desta Defensoria Pública.

Esses servidores públicos, “servidores do povo”, são responsáveis pelos 280.390 mil atendimentos realizados e 89.063 mil atendimentos à população hipossuficiente do Estado, conforme a Corregedoria Geral da DPE-TO/Setor de Estatística 09/07/2019.

Destaca-se que destes 280.390 mil atendimentos, 56.357 mil advem da seara Criminal e outros 12.223 mil tratam-se de Execuções Penais. Além destes atendimentos, esta instituição oferece atendimento em todas áreas, com exceção ao campo previdenciário. Destarte, cabe mencionar que os atendimentos vão além do postulatórios, mas também no campo social (prestação de serviços públicos), via os Núcleos Especializados, como núcleo de Direitos Humanos em todas as suas espécies.

Por fim, salienta-se que 81,6% das pessoas atendidas na DPE-TO detêm renda individual de zero a um salário mínimo, ora apenas com esse número resta evidente à atuação maciça pelos hipossuficientes, garantindo desta forma, o acesso à justiça como determina a Constituição Federal.

2.6 Cadeia Pública de Colinas, Defensoria Pública e os Enclausurados

A Cadeia Pública de Colinas do Tocantins encontrava-se superlotada desde sua inauguração, mas tendo seu estado crítico estruturalmente em meados de 2016, pois o local comporta 25 (vinte e cinco) presos, todavia, há época encontrava-se com mais de 80 (oitenta) presos, fato este de extrema gravidade e que requisitava uma vigilância constante por parte do juízo de execução penal desta comarca no período exposto.

Posto isso, o então magistrado no ano de 2016, Dr. José Carlos Ferreira Machado, juntamente com o bacharel em direito e empresário Gilmar Lemes de Oliveira e os empresários locais, fomentaram a reforma, visando não só aumentar a capacidade da cadeia pública, mas também, melhorar as instalações e prestigiar a humanização do ambiente para os reeducando/presos provisórios, funcionários do sistema carcerários, familiares dos reeducandos e advogados/defensores públicos.

Nesse íterim, após a reforma e a luta do então magistrado de execução penal, os acontecimentos inapropriados ainda ocorrem hodiernamente. Em pesquisa/inspeção realizada pela Defensoria Pública do Estado do Tocantins no dia 27 de agosto de 2018, foram identificadas inúmeras irregularidades, dentre estas se elenca

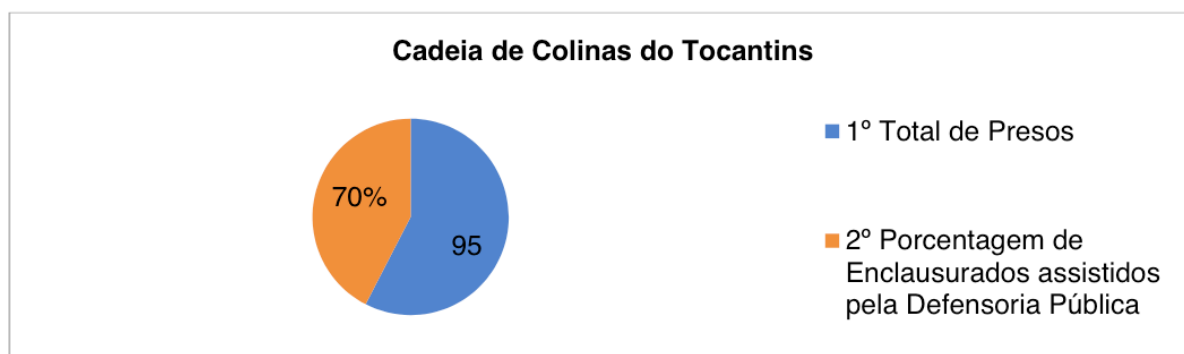
condições degradantes, como, superlotação e até privação do acesso aos banhos de sol há mais de um ano. Nesta inspeção ressaltam a presença de uma adolescente internada, a qual só fora resolvida após atuação da DPE-TO.

Nesse prisma, veja-se a pesquisa com os apenados realizada por esses acadêmicos, sob a tutela da professora orientadora na cadeia em comento. A cadeia pública de Colinas do Tocantins tem demonstrado superlotação, vez que a quantidade de vagas ofertadas pelo poder público é ínfima, ante a quantidade de presos, observa-se:



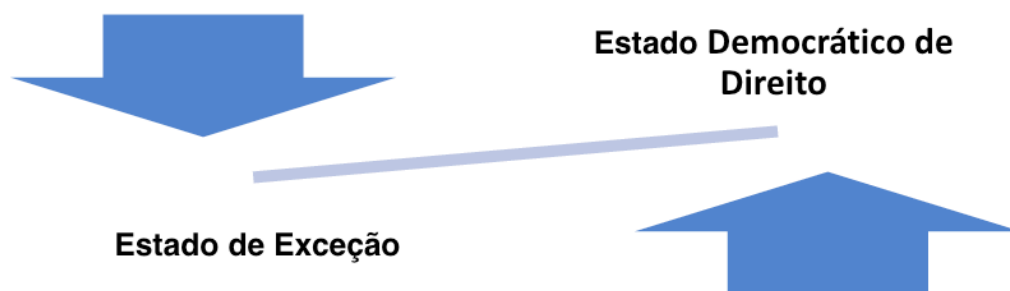
Fonte: CONTROLE DE VAGAS EM UNIDADES PENITENCIÁRIAS E PRISIONAIS DO TOCANTINS, Secretaria da Cidadania e Justiça do Estado do Tocantins.

Resta demonstrado assim o déficit prisional de 71 (setenta e uma) vagas, restando assim, em uma superlotação prisional de 296%. Fundamental destacar que destes presos, 70% são acompanhados pela Defensoria Pública Estadual do Tocantins, demonstrando que aos pobres, quiçá miseráveis, o direito de defesa é sim abraçado e resguardado o direito ao acesso à justiça, mesmo que modo precário. Veja-se o gráfico a seguir:



Desta forma, mesmo sendo cristalina a necessidade da defensoria pública como órgão essencial ao exercício do direito de acesso à justiça, como leciona a ordem constitucional, imagine-se à ausência desta instituição no Brasil, vislumbrou? Então resta na imaginação que sim, será um Estado de Exceção. Conforme a didática

abaixo.



Este Estado de Exceção é configurado porque demonstra uma grave ameaça à ordem democrática constitucional, e conseqüentemente calamidade pública instaurada, pois havendo à ausência deste preceito constitucional, como os mais necessitados terão acesso à justiça e, postularão seus direitos?

Nessa vereda, é medida que se impõe aos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), observando sua competência constitucional, a defesa deste preceito e o amparo aos inúmeros enclausurados no depósito público, ou como é mais conhecido, qual seja, presídio.

Com isso, não se pode instaurar neste país o sistema de castas indiano, onde os que detêm recursos financeiros merecem o direito de defesa e os demais que padeçam sem este direito, sendo verdadeiros servos, conforme a sociedade feudal antiga.

Assim, cabe destacar a frase do jurista Alemão, Rudolf Von Ihering: “A justiça tem numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para defender. A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito”. Com isso, é claro que o estado deve ser forte, mas sempre respeitando os direitos que fundamentam.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, cabe ressaltar a relevância do papel desempenhado pela Defensoria Pública, diante das unidades prisionais, na assistência integral dos ergastulados economicamente hipossuficientes. Não obstante, insta frisar o déficit de instituições em determinados estados, no qual acarreta-se na infringência constitucional.

Ademais, percebe-se que embora existam instituições abrangendo determinadas comarcas, estas não dispõe de recursos, tampouco de servidores e membros, suficientes para abarcar a tamanha superlotação nos presídios Brasileiros, deixando assim, inúmeros enclausulados sem a devida assistência e amparo judicial, em seus

meios de defesas processuais.

Ao compulsar os dados coletados neste artigo é notória a essencialidade da Defensoria Pública para a defesa dos hipossuficientes, que são maioria. Nesse passo, a desgraça para alguns é um acontecimento excepcional, porém quando se procura descobre-se que a miséria está intrínseca. Desta forma, não se pode obrigar uma ascensão social dos miseráveis, fins o direito de defesa, todavia, é notório o sistema de castas indiano instaurado no ocidente, que por sua vez delimita o futuro de partes da sociedade, como os enclausurados.

Ao refletir sobre a situação crítica das defensorias públicas estaduais, à ausência de investimentos e a superlotações prisionais, nas quais, os enclausurados em sua maioria são defendidos pela Defensoria Pública, é impositivo ao Estado Brasileiro uma implantação interdisciplinar de medidas que visem o resguardo da sociedade anterior, durante a punição caso condenado e posterior ao fato criminoso.

Conforme os direitos positivados no ordenamento jurídico pátrio, quais sejam: educação, saúde, direitos políticos entre outros positivados na Constituição Federal, o direito mais libertador é o da educação, como bem menciona Paulo Freire sobre a transformação da sociedade: “Educação não transforma o mundo. Educação transforma pessoas. Pessoas transformam o mundo.”

Nesse sentido, se faz necessário ao Estado o investimento em novos Defensores Públicos, auxiliares da defensoria, implantação de instituições em comarcas longínquas, com o fito de garantir a efetivação dos direitos assegurados constitucionalmente aos menos favorecidos. Importa registrar o posicionamento de Afonso Arinos de Melo Franco (1958. v. I, p.188):

Não se pode separar o reconhecimento dos direitos individuais da verdadeira democracia. Com efeito, a ideia democrática não pode ser desvinculada das suas origens cristãs e dos princípios que o Cristianismo legou à cultura política humana: o valor transcendente da criatura, a limitação do poder pelo Direito e a limitação do Direito pela justiça. Sem respeito à pessoa humana não há justiça e sem justiça não há direito. (Curso de direito Constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, p.188).

Desse modo, resta evidente o ensinamento de Afonso Arinos, o que tange o paralelo entre o respeito à pessoa humana e a efetivação do direito pela justiça.

Por fim, cabe destacar trecho do poema sobre o tempo, de Leo Cristian: “O tempo não para, Ele não tem pressa mas também não espera... Sempre no mesmo ritmo, vai trilhando sua jornada, sozinho rumo ao infinito... Apesar de ser teimoso e não querer esperar. O tempo é encantador, magnífico, místico, pontual, mas orgulhoso...”.

Assim, é notório que o tempo é rápido e orgulhoso, imagine com o preso sem defesa! É, entende-se, é difícil, pois este permanecerá sem alguém por ele, como

Josef K. no 'O Processo', romance de Kafka (1925), preso, sem saber a motivação, permanecendo na inquietude indesejável do tempo.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2011. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/brasil/extrema-pobreza-no-brasil-aumenta-e-chega-a-152-milhoes-de-pessoas/>>. Acesso em 27 de janeiro de 2020.

GRILLO, Breno. **Apenas quatro estados têm defensoria pública em todas as comarcas**. Conjur, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-21/apenas-quatro-estados-defensoria-todas-comarcas>>. Acesso em 27 de janeiro de 2020.

BRASIL, Governo Federal. Ministério da Justiça. **IV diagnóstico da defensoria pública no Brasil**. Brasília, 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/iv-diagnostico-defensoria-publica-brasil.pdf>>. Acesso em 27 de janeiro de 2020.

DEPOIMENTO ESPECIAL E VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTIL: UMA ANALOGIA ENTRE A LEI 13.431/2017 E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Data de aceite: 27/02/2020

Maria Moreno do Amaral

Faculdade Catuai

Londrina – Paraná

<http://lattes.cnpq.br/1219377996709969>

Douglas Santos Mezacasa

Universidade Estadual de Goiás – UEG

Iporá – Goiás

<http://lattes.cnpq.br/0909460967773201>

Alessandra Trevisan Ferreira

Faculdade Pitágoras de Londrina

Londrina – Paraná

<http://lattes.cnpq.br/4846857557400317>

RESUMO: O objetivo geral do presente artigo visa refletir sobre a oitiva de menores nos crimes de estupro de vulnerável a partir de uma analogia entre a resolução 17/2002 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Lei 13.431 de 04 de abril de 2017. Em razão da dispensa da oitiva da vítima menor ou a tomada de depoimento de forma imprópria, a Lei nº 13.431 de 04 de abril de 2017 normatiza e organiza o sistema de garantias de direitos das crianças e dos adolescentes vítimas de violência, pautado na Doutrina da Proteção Integral, criando mecanismos para prevenir

e coibir a violência sexual nos termos do art. 227 da CF/88, da Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, da Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e de outros diplomas internacionais regulamentando o depoimento especial, oferecendo bases legais ao direito da criança de ser ouvida em juízo.

PALAVRAS-CHAVE: violência sexual; oitiva; Corte Interamericana de Direitos Humanos; depoimento especial.

SPECIAL TESTIMONY AND CHILD SEXUAL VIOLENCE: AN ANALOGY BETWEEN LAW 13.431 / 2017 AND THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: The general objective of this article is to reflect on the hearing of minors in crimes of rape of the vulnerable, based on an analogy between resolution 17/2002 of the Inter-American Court of Human Rights and Law 13,431 of April 4, 2017. Due to the exemption from the eighth minor victim or improper testimony, Law No. 13,431 of April 4, 2017 regulates and organizes the system of guarantees for the rights of children and adolescents who are victims of violence, based on the Doctrine of Integral Protection, creating mechanisms to prevent and restrain sexual violence under the terms of art.

227 of CF / 88, of the Convention on the Rights of the Child and its additional protocols, of Resolution 20/2005 of the United Nations Economic and Social Council and of other international diplomas regulating the special deposition, offering legal bases to the right of the child to be heard in court.

KEYWORDS: sexual violence; hearing; Inter-American Court of Human Rights

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como problemática a oitiva inadequada de menores nos crimes de violência sexual, o qual compõe a prova testemunhal sob a perspectiva do paradigma de proteção dos direitos das crianças, em especial a Opinião Consultiva 17/2002 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e ênfase na Lei 13.341/2017 (chamada de Lei do Depoimento Especial), sancionada em abril de 2017, com *vacatio legis* de um ano, que normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, criando mecanismos para prevenir e coibir a violência e estabelece medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência. O objetivo desse artigo é refletir sobre a oitiva da criança vítima e/ou testemunha de crimes sexuais e analisar se é realizada da forma correta, a fim de preservar seus direitos e garantias judiciais, explanando sobre o depoimento especial, normatizado pela Lei 13.431, uma vez que a inadequada inquirição e utilização desta prova poderá significar a privação de bens jurídicos supremos concretizados em nossa Carta Magna.

Primeiramente discorreu-se brevemente sobre a oitiva da criança vítima ou testemunha de crime sexual, discorrendo sobre quão importante é a palavra da vítima, uma vez que é pacífico o entendimento de valorá-la em detrimento das demais provas, dada as circunstâncias inerentes a este crime e sua natureza, que podem ser inquiridos de forma errada, propiciando a vitimização secundária e a sugestibilidade, resultando no fenômeno das falsas memórias, elaborando uma analogia com um sistema de proteção de direitos das crianças, consolidados em diplomas internacionais e, no Brasil, efetivado pela Lei do depoimento especial.

Por derradeiro, realizou-se uma breve análise da Lei 13.431/2017, que normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, criando mecanismos para prevenir e coibir a violência através dos procedimentos da escuta especializada e do depoimento especial. Com fundamentos na Constituição Federal e nas normas internacionais de Direitos Humanos, especificamente a Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, e ainda a Resolução no 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, não há referência à OC 17/2002 da CIDH, apesar de ser um extenso material, voltado aos direitos e garantias, sobretudo a escuta judicial

dos infantes.

Para o desenvolvimento, como metodologia de abordagem, foi utilizado o método dedutivo, através da pesquisa bibliográfica teórica, utilizando a metodologia analítico interpretativa, uma vez que o trabalho se apoiou em tratados e diplomas internacionais, bem como na legislação constitucional e infraconstitucional para a verificação de falhas existentes no depoimento testemunhal infantil no que se refere à prova.

2 I DA OITIVA DA CRIANÇA VÍTIMA OU TESTEMUNHA DO CRIME SEXUAL

Nos crimes sexuais, em especial crimes sexuais envolvendo menores, há uma tendência em aceitar-se a palavra da vítima com maior relevância em detrimento das demais provas, dado a natureza, ao *modus operandi* do delito, que comumente é cometido na clandestinidade, às escuras, longe de testemunhas oculares. Assim a palavra da vítima é de valor extraordinário (TOURINHO FILHO, 2009, p. 314). É evidente a importância a palavra da vítima, na busca de uma decisão judicial justa. Porém, deve ela ser entendida e valorada tanto para afirmar, quanto para negar a existência de suporte fático do delito sexual, ou seja, a credibilidade que mereça a ofendida e o cortejamento de sua versão com as demais provas dos autos é que vão dar a justa medida para a decisão judicial (MESTIERI, 1991, p.77).

O artigo 201 do Código de Processo Penal Brasileiro regulamenta a forma que deverá ser ouvido o ofendido. Porém, para a tomada de declarações das crianças e adolescentes vítimas, bem como de testemunhas, não existem normas especiais ou específicas. São as mesmas normas que regem a inquirição dos adultos (POTTER 2016, p. 197). O crime previsto no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, trazido pelo advento da Lei n. 12.015/09 ao Título VI do Código Penal, no qual o legislador realizou diversas modificações, a fim de garantir maior proteção à pessoa humana em desenvolvimento, com foco a proteção integral da dignidade sexual da pessoa humana (CAPANO, 2009).

Em que pese, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, provada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1959, em seu art. 1º, considera como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, em nosso Ordenamento Jurídico, o ECA, no seu art. 2º, *caput*, trata sobre a pessoa, considerando ser criança até 12 anos de idade incompletos, porém, pretendeu o legislador, com o tipo penal do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), conferir proteção expressa a pessoa menor de 14 anos. Traçando uma relação entre as legislações infraconstitucionais brasileiras, percebe-se que houve intenção do legislador em trazer um conceito mais abrangente em relação a idade. Com égide na lição de Ferrajoli (2006), conclui-se que a extensão ou denotação de um termo está

determinada por sua intenção ou conotação.

Desta forma, entendeu o legislador pela extensão da idade nos crimes de estupro de vulnerável, por entender que ainda não tenham o necessário discernimento para a prática do ato sexual, bem os que, por doença mental ou enfermidade também não possuam. Assim, de acordo com Cezar Bitencourt, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual (BITENCOURT 2010, 74).

Porém, a problemática reside na oitiva/inquirição da criança vítima ou testemunha do crime sexual. Na tentativa de emitir medidas especiais de proteção aos menores, certas hipóteses interpretativas são aplicadas as quais tendem ao enfraquecimento das garantias judiciais destes, em razão da capacidade reduzida que se encontram por estarem em desenvolvimento, resultando na dispensa ou substituição de suas declarações pelo de seus responsáveis. Nas palavras de Alexandre Moraes da Rosa:

O mito de que a criança é pura e que seu lugar de enunciação é sinônimo de verdade embala o discurso do senso comum, popular. Esta ilusão é equivocada por diversos motivos, valendo destacar dois. O primeiro é o de se acreditar que a criança não é um sujeito com desejo. O segundo, por seu turno, é a de que pode expor tudo o que se passou sem que o inconsciente e sua fantasia fundamental atravessem o Simbólico, ou seja, sem que haja uma confusão entre os registros (ROSA, 2010).

Isso ocorre porque os agentes jurídicos indispensáveis à produção válida da prova não possuem capacidades técnicas para a oitiva dessas crianças, especialmente quando se trata de abuso sexual, tampouco conhecimento sobre os diferentes estágios de desenvolvimento infantil, síndromes (como a síndrome do segredo), além do ambiente formal da sala de audiências, que não são preparadas para o correto acolhimento dessa criança vítima (DALTOÉ CEZAR 2010, 286). Na sistemática processual utilizada por nossos Tribunais, as vítimas e testemunhas são inquiridas a relatar o fato delituoso. No entanto, inquirir é diferente de entrevistar. Segundo Alexandre Moraes da Rosa:

Uma escuta respeita o tempo e as necessidades de pontuação, de luto, de significação. Enfim, respeita o sujeito. A inquirição parte da ficção de que o sujeito seria capaz de responder linearmente a todas as indagações, pois acreditam numa concepção de Verdade metafísica e, cabe dizer, esquizofrênica, própria do Direito. Inquirir, no caso, é uma fraude a subjetividade (ROSA, 2009).

Existem evidências científicas mostrando que a postura do entrevistador, bem como suas crenças e hipóteses a respeito do evento investigado, pode influenciar significativamente o comportamento da testemunha, podendo levar a distorções no depoimento (CECI; BRUCK, 1995). Ainda, a falta de conhecimentos da dinâmica

do abuso sexual e o despreparo técnico-psicológico, emocional e sociológico dos inquiridores podem dificultar e até mesmo inviabilizar a adequada inquirição da vítima-testemunha do abuso sexual, levando os operadores jurídicos a formularem as perguntas de forma inadequada e constrangedora às vítimas infanto-juvenis (POTTER 2016, 198).

Diversas são as consequências, como a vitimização secundária, além da sugestionabilidade que podem produzir as falsas memórias. A literatura científica no campo da Psicologia do Testemunho é uníssona em afirmar que os procedimentos adotados para a coleta de um testemunho são cruciais tanto para a quantidade, como também para a acurácia das informações não obtidas (STEIN; ÁVILA, 2015, p.24).

As falsas memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas, elas são semelhantes à memória verdadeira, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras, pelo fato de as FM serem compostas no todo ou em parte por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade. As FM são frutos do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 22).

Os primeiros estudos sobre distorção mnemônica produzido com crianças foi realizado por Alfred Binet, no ano de 1900 e concluiu que as crianças distorciam as lembranças sobre um evento a partir da sugestão do pesquisador. Stern em 1910, também observou que entrevistadores, simplesmente por fazerem perguntas, muitas vezes são responsáveis pela produção de falsas memórias em crianças. Além disso, Stern apontou que as falsas memórias em crianças também ocorrem pelo fato delas confundirem fantasia com realidade (BARBOSA, et al. 2010, p.136). Contudo, quando o contexto é compreendido pela criança, ela é capaz de extrair o significado real da situação vivenciada. A memória das crianças é confiável, desde que sejam usados métodos adequados naquelas situações em que se deseja ter acesso às recordações sobre determinada situação (BARBOSA, et al. 2010, p. 138), por essa razão, torna-se essencial a oitiva de crianças e adolescentes através do intermédio de profissionais qualificados, com o uso de técnicas não indutivas.

3 I SISTEMA DE GARANTIAS DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS

O direito da criança de ser ouvida e ter sua opinião levada em consideração constitui um dos quatro princípios gerais da Convenção sobre os Direitos da Criança. Assim, os direitos internacionais da criança não se limitam aos direitos que se derivam de sua vulnerabilidade, como era estabelecido na Declaração de Genebra, de 1924 e na Declaração sobre os Direitos das Crianças de 1959 (ARANTES, 2012, p. 215). Com a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças em

1989, pela Organização das Nações Unidas (ONU), promulgado pelo Brasil em 1990, instaurou-se um novo paradigma de proteção dos direitos das crianças, haja vista ter sido acolhida a Doutrina da Proteção Integral, ou seja, a criança torna-se sujeito de direito, e não um mero objeto de proteção deste:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança (ONU, 1959).

O art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, engloba o desenvolvimento e o pleno exercício de seus direitos, sendo um dever a sua oitiva. Assim, os Tribunais de Justiça e operadores do Direito devem pautar na Legislação Pátria e na legislação infraconstitucionais para a correta oitiva da criança. Não obstante, existem mecanismos criados como forma de auxiliar essa correta oitiva. Ainda, o Comitê da ONU sobre os Direitos das Crianças (*Committee on the Rights of the Child*), considera que o art. 12 da CDC é uma provisão singular entre os tratados de direitos humanos, na medida em que dispõe tanto sobre o *status* social como legal da criança, que é sujeito de direitos, não devendo se presumir que não tenham capacidade de expressar seus pontos de vista (ARANTES, 2012, p. 216). À vista disso, a criança deverá ser dada a opção se quer ou não se expressar, não constituindo uma obrigação, mas sim um direito e uma escolha:

A criança, entretanto, tem o direito de não exercer este direito. Expressar pontos de vista é uma escolha da criança, não uma obrigação. Os Estados-parte devem garantir que a criança receba todas as informações e conselhos necessários para tomar uma decisão em seu melhor interesse (CONVENTION, 2009).

Na mesma esteira, a Resolução nº 20/2005, do Conselho de Direitos Econômico e sociais das Nações Unidas, traz em seu corpo o Princípio do Superior Interesse da Criança. No ano de 2009 houve alteração ao Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (promovida pela Lei 12.010/2009) e o legislador reiterou de forma taxativa ser direito da criança manifestar-se em juízo:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

O estado do Paraná formulou uma Cartilha do Poder Judiciário do Paraná sobre Risco, Violência e Acolhimento de crianças e adolescentes no ECA em 2012, com o intuito de estabelecer uma política de atendimento que assegure à Criança e ao Adolescente seus direitos fundamentais. A cartilha define o Direito da Infância e Adolescência em um ramo constituído a partir da Constituição de 1988, inspirado na Doutrina da Proteção Integral da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (ONU, 1989) e regulamentado por lei específica - ECA, com fundamento em direitos especiais e específicos no reconhecimento da Criança e Adolescente como Sujeitos de Direitos, em razão da sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (CF, Art. 227 e ECA, Arts. 1º e 100, § único, inciso III).

Ainda, organizada pelas Organizações *Childhood* Brasil, UNICEF e a Universidade Católica de Brasília, foi formulado um compilado de artigos com o objetivo de ser material de referência para profissionais em escuta especializada de Crianças e Adolescentes, incluindo o Depoimento Especial no ano de 2014. Traz princípios e diretrizes ancorados na normativa internacional, escora-se na Convenção sobre os Direitos da criança (ONU, 1989), de acordo com seu art. 12, no qual oferece bases legais ao direito da criança de ser ouvida em juízo e de sua opinião ser levada em consideração. Há também a Resolução n. 20/2005 do *UNEconomicand Social Council* (Ecosoc, Conselho Econômico e Social das Nações Unidas), delineando parâmetros internacionais para a aplicação de metodologias em processos de investigação de crimes de violência sexual dos quais tenham sido vítimas ou testemunhas.

Corroborando com o entendimento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, constatou na Opinião Consultiva 17/2002 que deve ser aplicado o Princípio da Igualdade - art. 24 da Convenção - não impede um tratamento diferenciado dado às crianças por algumas normas (tratamento especial), já que estas necessitam deste tratamento em razão da situação de vulnerabilidade que distingue as crianças de outros sujeitos.

4 I DA OPINIÃO CONSULTIVA 17/2002 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Opinião Consultiva (OC) foi apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na data de 30 de março de 2001, que o órgão solicitou à Corte sua interpretação dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, referentes às garantias judiciais e à proteção judicial dos menores. O objetivo da Consulta foi o determinar se as medidas especiais estabelecidas no artigo 19 da Convenção, referente aos direitos das crianças, constituem “limites ao arbítrio ou à discricionariedade dos Estados em relação aos menores” e de formular “critérios

gerais válidos sobre a matéria dentro dos limites da Convenção”, no sentido de estabelecer qual é a correta interpretação de tais garantias e promover o adequado respeito aos direitos e garantias estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CIDH, 2002).

Ainda, a Comissão apontou a possível violação dos artigos 8º (Direito de ser ouvida) e 25 (proteção judicial contra atos que violem seus direitos fundamentais) da Convenção americana de Direitos Humanos, que dispõe:

Artigo 8. Garantias judiciais: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Artigo 19. Direitos da criança: Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

Artigo 25. Proteção judicial: Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

A CIDH argumentou que com a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças em 1989, pela Organização das Nações Unidas (ONU), tinha-se instaurado um novo paradigma de proteção dos direitos das crianças, haja vista ter sido acolhida a Doutrina da Proteção Integral. Assim, a Corte acompanhou a definição contida no art. 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, provada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1959:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança. (ONU, 1959)

O parecer proferido pela Corte constatou que a noção de igualdade segue diretamente a noção de unidade e de humanidade, sendo de natureza inseparável da dignidade essencial da pessoa, considerando inaceitável que a disparidade de tratamento entre os seres humanos não corresponda com sua natureza única e idêntica. Além disso, apontou mais 13 pontos de suma importância:

1. A criança é sujeito de direito, e não um mero objeto de proteção deste – Doutrina da Proteção Integral.
2. O “melhor interesse da criança”, consagrado no art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, engloba o desenvolvimento e o pleno exercício de seus direitos,

estes sempre devendo ser observados como critério para orientar na elaboração de normas voltadas para os menores, prevalecendo a busca pela medida que melhor atenda aos seus interesses.

3. O Princípio da Igualdade - art. 24 da Convenção - não impede um tratamento diferenciado dado às crianças por algumas normas (tratamento especial), já que estas necessitam deste tratamento em razão da situação de vulnerabilidade que distingue as crianças de outros sujeitos. Trata-se de uma garantia que almeja promover o direito das crianças.

4. O Estado deve apoiar e fortalecer a família, adotando as medidas necessárias para que esta possa cumprir seu papel, já que a família é o contexto primário para o desenvolvimento da criança, onde ela primeiro exerce seus direitos.

5. A separação da criança do seio familiar deve ocorrer somente em situações excepcionais e para o melhor interesse da própria criança, sendo preferencialmente temporária.

6. As instituições que cuidam de crianças devem contar com condições básicas para proporcionar um ambiente adequado às crianças, como pessoal em número suficiente, com experiência no trabalho e instalações adequadas.

7. O respeito à vida, consagrado no art. 4º da Convenção, não se restringe à sua privação arbitrária, mas abrange a obrigação de tomar medidas necessárias para a possibilidade das crianças se desenvolverem com dignidade.

8. A proteção das crianças deve ser plena, tendo o direito de desfrutar amplamente de seus direitos econômicos, sociais e culturais, garantidos em instrumentos internacionais, e os Estados signatários de tais tratados devem garantir a proteção de tais direitos.

9. Os Estados signatários da Convenção têm a obrigação de tomar medidas positivas para assegurar a proteção das crianças contra qualquer abuso, nos termos dos artigos 19 e 17, conjugados com o artigo 1.1 da mesma.

10. Em processos judiciais ou administrativos que envolvam direitos ou interesses das crianças, devem ser observadas todas as normas do devido processo legal, tais como a do juiz natural e imparcial, o duplo grau de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, e, se possível, a participação direta do mesmo no processo.

11. O menor infrator deve ser julgado por um tribunal especializado para conhecer da sua causa.

12. Casos de abandono, desamparo, risco de doenças devem ter tratamento diferente do que é dado aos menores que comentem uma conduta típica.

13. É possível a utilização de formas alternativas de resolução de litígios que envolvam as crianças, mas sempre observando se tais não restringirão ou mesmo diminuirão seus direitos.

Ainda, a OC 17/2002, em seu parágrafo 54, garantiu que “as crianças têm direitos que se aplicam a todos os seres humanos – menores ou adultos - e também direitos especiais decorrentes de sua condição, correspondentes a deveres específicos da família, da sociedade e do Estado” (CIDH 2002, 60). Visivelmente, a OC foi formulada com o escopo de aprimorar a defesa dos direitos humanos das crianças. Com essa mudança pragmática, as crianças são hoje consideradas titulares de todos os direitos atribuídos as demais pessoas, além dos direitos específicos que lhes são conferidos em razão da sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento (LOPES; FREIRE, 2014, p.297-311).

Extraí-se, portanto, o direito, e não o dever da criança ser ouvida, ou seja, a criança não é obrigada a depor, devendo ser respeitado o seu direito de querer ou

não falar sobre os fatos dos quais foi vítima. Entretanto, manifestando sua vontade de falar, seu direito impõe ao Poder Judiciário o dever de sua oitiva (RIBEIRO; ÁVILA; ZAVATTARO, 2017), sendo de análise obrigatória a sua observância pelo Poder Judiciário, sob pena de se violar vários princípios e direitos inerentes a esses infantes. Desta forma, ao ouvir a criança vítima de abuso sexual, devem ser observadas todas as normas do devido processo legal, tais como a do juiz natural e imparcial, o duplo grau de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, e, se possível, a participação direta do mesmo no processo. Nessa esteira, está a Lei 13.431/2017, que será analisada a seguir.

5 | UMA ANÁLISE DA DE LEI Nº 13.431/2017

A Lei n. 13.431 de 4 de abril de 2017, normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente que foi vítima ou testemunha de violência em suas mais diversas formas, propondo-se a criar mecanismos para prevenir e coibir a violência, estabelecendo medidas de assistência e proteção, além de regular o depoimento especial. Pautada nos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, a lei assegura o Princípio da Proteção Integral, preconização pela ONU, base da OC 17/2002 da CIDH. Fundamenta-se no artigo 227 da Constituição Federal, na Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, na Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e em outros diplomas internacionais.

Atribui ainda, ao Estado, a família e a sociedade o dever de assegurar a fruição dos direitos fundamentais pelas crianças e adolescentes com absoluta prioridade (arts. 2º e 3º da Lei). Estabelece a violência física, psicológica, sexual e institucional (vitimização secundária) como formas de violência. O texto da lei alterou o Estatuto da criança e do Adolescente - Lei 8.069/1990, prevendo dois procedimentos para a oitiva de crianças vítimas ou testemunhas de violência: a escuta especializada e o depoimento especial¹.

A escuta especializada, prevista no art. 7º da Lei, deve ser realizada perante o órgão da rede de proteção, ou seja, em delegacias especializadas. Já o depoimento especial, previsto no art. 8º, será realizado quando a criança for ouvida perante a autoridade judicial. Tais procedimentos deverão ser intermediados por profissionais especializados que esclarecerão à criança os seus direitos, como será conduzida a entrevista, que deverá, sempre que possível, ser realizada uma única vez, seguindo o rito cautelar de produção antecipada de prova judicial, e deverá ser gravada em vídeo e áudio, de acordo com o art. 12:

Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:

¹ Art. 4º, § 1º: Para os efeitos desta Lei, a criança e o adolescente serão ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial.

I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;

II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;

III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;

IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;

V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;

VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

Assim, a Lei 13.431/2017 deverá garantir a dignidade do menor, ao estabelecer medidas de assistência e proteção à criança, obstando a continuidade da violação dos menores que se encontram em situação de violência. Contudo. Apesar da novel legislação seguir as diretrizes do art. 227 da Constituição Federal, do art. 19 da Convenção sobre Direitos da Criança, do art. 8º do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança e da Resolução 20/05 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, o projeto que deu origem a Lei, em nenhum momento cita a Opinião Consultiva 17/2002 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente estudo foi possível apresentar uma análise geral de como é valorada e realizada a oitiva da palavra da vítima nos crimes sexuais, a partir da analogia entre o paradigma de proteção dos direitos das crianças, consolidados em diplomas internacionais, em especial a Opinião Consultiva 17/2002 da CIDH e a Lei n. 13.431/2017, sancionada no ano de 2017, que regulamenta e normatiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (estatuto da criança e do adolescente).

A prova testemunhal por si só, é uma prova que exige do magistrado certa cautela, uma vez que é recheada de impressões e vivências pessoais da testemunha. Na apuração destes crimes, o lapso temporal que vai do momento que o crime é cometido até a instrução penal, bem como a ausência da correta aplicação normativa imposta pelo Código penal, a falta de diretrizes para que se aprenda inquirir vítimas e testemunhas da forma correta, contribuem para a suggestionabilidade e revitimização. Em que pese, nos crimes sexuais nem sempre se tem muitas alternativas para recorrermos a outras provas para compor o múnus probatório, todavia, utilizar,

apenas o depoimento da vítima infantil, que tem sido inquirida e não ouvida da forma correta, cria uma atmosfera de insegurança jurídica.

Verifica-se que o contrário tem ocorrido, com práticas inquisitoriais e autoritárias que ainda persistem, com olhares voltados apenas para medidas de proteção adotadas para estas vítimas, que tem sido interpretada de forma equivocada. Contudo, esta medida de proteção resulta em uma dicotomia: garante-se e violam-se ao mesmo tempo direitos, tanto de vítima, quanto do vitimizador, tornando-se medida de punição. Não é possível escapar desta dicotomia, enquanto não se treinar o olhar para outras formas de soluções em relação à prova testemunhal.

Nesta esteira se insere a Opinião Consultiva 17/2002 apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos à Corte, com objetivo de se conferir a correta interpretação de tais garantias e promover o adequado respeito aos direitos e garantias estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em relação aos menores. Desta forma, preconizou-se pelo Princípio da Proteção Integral, conceito trazido pela ONU em 1969, estabelecendo o direito, e não o dever de a criança ser ouvida, em processos judiciais que a envolvam.

Assim, a Lei n. 13.431 de 04 de abril de 2017, garante avançar, normatizando e organizando o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima de violência, pautado na Doutrina da Proteção Integral, criando mecanismos para prevenir e coibir a violência, nos termos do art. 227 da CF, da Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, da Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e de outros diplomas internacionais, regulamentando o depoimento especial e a escuta especializada oferecendo bases legais ao direito da criança de ser ouvida em juízo.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal**: a prova testemunhal em xeque. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BARBOSA, Marcio Englert Barbosa; ÁVILA Luciana Moreira; FEIX Leandro da Fonte; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. **Falsas memórias e diferenças individuais**. In: STEIN, Lilian Milnitsky (org). Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações. Porto Alegre: Artmed, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma Penal Material de 2009**: Crimes sexuais - sequestro relâmpago - celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAPANO, Evandro Fabiani. **Dignidade Sexual**: Comentários aos novos crimes do Título IV do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **OPINIÓN CONSULTIVA**. 2002. disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso em: 18.dez.2019.

UNICEF. **Convention on the Rights of the Child**. Geneva, 2009. Disponível em: < <https://>

digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=child>. Acesso em>:
18.dez.2019

DALTOÉ CEZAR, José Antônio. **A inquirição de crianças vítimas de abuso sexual em juízo.** In Maria Berenice Dias (Org.). Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAIJOLI, Luigi. Direito e Razão. **Teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; FREIRE, Jéssika De Lima. Os avanços da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos após a Opinião Consultiva nº 17/2002. **Revista Publica Direito.** Direito internacional e direitos humanos I. organização CONPEDI/UEPB; Coordenadores: Vladimir Oliveira da Silveira, Jefferson Aparecido Dias, Ana Maria D'Ávila Lopes, 2014.

MESTIERI, João. **Advocacia criminal: casos práticos.** Rio de Janeiro: Printshop, 1991.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Georgen; STEIN, Lilian Milnitsky. **Compreendendo o fenômeno das falsas memórias.** In: Lilian Milnitsky Stein (org.). Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

POTTER, Luciane. **Vitimização secundária infanto-juvenil e violência intrafamiliar por uma política pública de redução de danos.** Salvador: JusPodium, 2016.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; ÁVILA, Gustavo Noronha de; ZAVATTARO, Mayra dos Santos. O Sistema Interamericano e o Direito da Criança em prestar declarações no Processo Penal: garantias para reconhecimento de sua personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 17, n. 3. 2017.

ROSA, Alexandre de Moraes. O depoimento sem dano e o advogado do diabo. A violência "branda" e o "quadro mental paranoico." In: Luciane Potter (org.). Depoimento sem dano: uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA, José Guilherme de. **Vitimologia e violência nos crimes sexuais:** uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: RT, 1998.

STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. **Psicologia: Reflexão e crítica**, vol.14, n.2, pp.353-366, 2001.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. *Série Pensando Direito*, nº. 59, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 31º Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPÍTULO 10

DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS EDUCACIONAIS: REFLEXÃO E ESTUDO NO INTERIOR DAS LEGISLAÇÕES

Data de aceite: 27/02/2020

Gabriela Martins da Conceição

PUC-SP

<http://lattes.cnpq.br/5764276298511917>

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o processo histórico dos direitos humanos e das políticas educacionais, tanto no âmbito internacional como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e tratados na área da educação, quanto no âmbito nacional, como a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Incidindo principalmente na introdução, aperfeiçoamento e proteção dos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, Educação, Política, Legislações, Direitos Humanos.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar el proceso histórico de derechos humanos y políticas educativas, tanto a nivel internacional como de la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados en el ámbito de la educación, a nivel nacional, como Constitución Federal y el Estatuto de la Infancia y la Adolescencia. Centrándose principalmente en la introducción, mejora y protección de los derechos.

PALABRAS CLAVE: Derecho, Educación, Política, Leyes, Derechos Humanos.

1 | INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos é um tema bastante discutido e presente em nossa sociedade, implícito em nossa conduta, havendo uma relação indissociável com a dignidade da pessoa humana e com as políticas educacionais. Uma vez que, a educação é empregada como um meio de obtenção e aplicação dos direitos humanos, pois como disposto no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do homem “cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente essa Declaração, se esforce, através do ensino e da educação por promover o respeito a esses direitos e liberdades”, ou seja, apenas com a educação podemos realmente efetivar nossos direitos e liberdades, exigindo o cumprimento destes pelos representantes políticos.

2 | ELEMENTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS DOS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos começaram a surgir na nossa sociedade com as revoluções

liberais do século XVII, com o intuito de defender a igualdade na luta contra o Antigo Regime, estabeleceram modelos de governo e de sistemas adotados por grande parte dos países nos séculos XIX e XX.

O *Bill of Rights* (1689), foi um deles. Aprovada pelo Parlamento estadunidense no fim da Revolução Gloriosa (1688-1689), que limitou o poder do rei na Inglaterra e aumentou o poder do Parlamento reconhece direitos básicos aos norte-americanos, como direito à vida, à integridade, à propriedade, ao tratamento igual e à defesa. E a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi desenvolvida durante a Revolução Francesa, provida de inspiração iluminista e liberal, objetivando acabar com os privilégios da nobreza, tornando todos os cidadãos iguais em direitos e oportunidades.

Embora houvesse avanços bem significativos, durante o século XX vivenciou duas grandes guerras, e como consequência destruição e crimes de guerras, totalizando aproximadamente 6 milhões de morte, se tornando uma ruptura entre os Direitos Humanos conquistados. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, 50 países se uniram para estabelecerem novas diretrizes para a antiga Liga das Nações, que se tornaram à Organização das Nações Unidas (ONU).

Em 1948 forma-se a ONU e , todos os países que formavam tinham como objetivos comuns estabelecer a paz entre as nações e garantir o respeito aos Direitos Humanos, dessa forma, proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da ONU, de 10 de dezembro de 1948, protege e assegura direitos a todos os seres humanos, *sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição*, conforme se encontra no preâmbulo e nos seus primeiros artigos abaixo.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948.

PREÂMBULO

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desprezo e do desrespeito pelos direitos do da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozam de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade, foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum;

Considerando essencial que os direitos da pessoa humana sejam protegidos contra o império da lei, para que a pessoa não seja compelida, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão;

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram sua fé nos direitos

humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados-membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos e liberdades fundamentais da pessoa e a observância desses direitos liberdades;

Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A Assembleia Geral proclama

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, em promover o respeito a esses direitos e liberdades e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, em assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre as povos dos próprios Estados-membros quanta entre os povos dos territórios sob a sua jurisdição.

Artigo I - Todos as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II – 1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2. Não será tampouco feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.¹

Atualmente a ONU é fundamental para a garantia dos Direitos Humanos, contando com 193 países trabalhando para erradicar com o trabalho escravo, pela educação gratuita e universal, contra a violência e fome e pela paz.

3 | DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Para entender melhor os direitos humanos no Brasil e sua evolução é necessário analisar através das constituições da federação. Na Constituição de 1824 já surgiram os princípios de garantia dos direitos políticos, o objetivo era garantir principalmente à liberdade, à segurança individual e a propriedade, ainda que estivesse concentrado todo o poder nas mãos do monarca.

Durante o período imperial permanecia o regime escravista, em que as pessoas eram tratadas como mercadoria, não sendo considerado um ser humano foi uma desconsideração dos direitos humanos.

Com a Constituição de 1891, foi garantido o sufrágio direto para eleição de deputados, senadores, presidente e vice-presidente. Entretanto, a eleição não era universal, uma vez que, proibia o voto de mulheres e analfabetos. Entre as medidas adotadas na presente constituição estão o direito à liberdade religiosa, a criação do

¹ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948

habeas corpus e outras.

Durante o Estado Novo (1937 a 1945), com Getúlio Vargas no governo, houve grandes acontecimentos que fizeram com que os direitos humanos não conseguissem progredir, como o fim da liberdade política e à imposição de mecanismos de controle da sociedade. A Constituição de 1937 tinha o predomínio de influências fascistas e autoritárias. Decorrente desse sistema conflituoso, os direitos fundamentais foram enfraquecidos.

Começou a vigorar apenas em 1946, quando o Estado Novo terminou e uma nova constituição, restaurando e ampliando os direitos fundamentais do homem em nossa Carta Magna. Entretanto não durou muito até que fossem violados novamente, dessa vez com a instauração do Regime Militar em 1964.

O Regime Militar no Brasil durou 21 anos e foram explícito o centralismo e o autoritarismo, transgredindo com os direitos fundamentais conquistados até então. O período foi marcado por torturas, proibição de liberdade de expressão, na qual as forças militares possuindo autonomia para utilizar do seu poder irrestritamente.

Em 1979, o então presidente João Baptista Figueiredo estatuiu a lei de anistia, que permitia a volta ao país dos opositores do regime, mas também defendia que os militares não poderiam ser responsabilizados pelos crimes cometidos ao longo da ditadura. Em 2012, foi fundada a Comissão Nacional da Verdade (CNV) para investigar as violações contra os direitos humanos cometidas entre 1946 e 1988, com maior foco para o período da ditadura militar.

Na Constituição de 1988, vigente até os dias de hoje, resguardam os direitos fundamentais e posiciona o Brasil como um dos países com o ordenamento jurídico mais completo em relação aos direitos humanos. Dessa forma, os direitos humanos é uma atribuição do Governo Federal e presentemente são administrados como políticas públicas. De acordo com a Prof^a Eulina Maia “A Constituição de 88 é a sétima da República e os aspectos importantes que nós podemos destacar são o SUS (Sistema Único de Saúde), voto facultativo, maior autonomia para os municípios, direitos indígenas garantindo a demarcação de terras e a proteção do meio ambiente. Você já começa a vislumbrar direitos que outrora não eram garantidos e que a Constituição de 88 trouxe, edificando e valorizando garantias fundamentais”.

Com a transição entre o Regime Militar e a atual constituição, houve um grande marco em nossa sociedade e de acordo com a Prof^a. Flavia Piovesan:

Após o longo período de vinte e um anos do regime militar ditatorial que perdurou de 1964 a 1985 no País, deflagrou-se o processo de democratização no Brasil. Ainda que esse processo se tenha iniciado, originariamente, pela liberação política do próprio regime autoritário – em face de dificuldades em solucionar problemas internos -, as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram no processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas. A transição

democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social. Tal processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional – nascia assim a Constituição de outubro de 1988. A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil.²

A principal evolução no nosso sistema, para possibilitar o aprimoramento dos direitos fundamentais foi, se dúvidas o rompimento com o período da ditadura. Pois na Constituição de 1988 trouxe para a o ordenamento jurídico o Princípio da Dignidade Humana, o qual garante os Princípios Fundamentais e Garantias Fundamentais.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Título I

Dos Princípios Fundamentais.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se em suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I – independência nacional;
- II – prevalência dos direitos humanos;
- III – autodeterminação dos povos;
- IV – não-intervenção
- V – igualdade entre os Estados;
- VI – defesa da paz;
- VII – solução pacífica dos conflitos;
- VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X – concessão de asilo político.

Título II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Capítulo I

Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

Art. 5º Todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza,

² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7. ed. rev., ampl., atual., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21/24.

garantindo-se aos brasileiros e 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;³

4 | PRÍNCÍPIOS FACTUAIS DA EDUCAÇÃO

A temática educação inserida nos direitos humanos é recente na história no Brasil, por haver momentos tortuoso na história do país, que fizeram com que os direitos fundamentais fossem violados. Em 1985, na última transição política, com a participação dos movimentos sociais na luta pela redemocratização do País.

No Brasil, desde o período colonial, apenas a elite da sociedade tinha acesso à educação. Contudo, com a pesquisa do IBGE, de 2016, apresenta um avanço exponencial do acesso à educação; “há 48,8 milhões de matrículas nas 186,1 mil escolas de educação básica no Brasil. A rede municipal detém 46,8% das matrículas na educação básica. A rede estadual tem 16,5% das escolas, mas participa com 34,0% da matrícula da educação básica”

Dessa forma, Solon Eduardo afirma: “iniciado pela sociedade civil, com ações como as realizadas pela Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos, gradativamente ganhando corpo no início dos anos 2000, respondendo a proposta da sociedade civil e acordos internacionais assinados pelo Estado, que se transforma em tema emergente para a educação brasileira e um Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH)”⁴.

É necessário, para que haja consolidação da democracia é necessário que haja constância dos direitos sociais e econômicos. Na hipótese de não haver proteção aos direitos humanos, eles correm ameaça de não serem exercidos. Para Solon Eduardo “o ideal para a consolidação da democracia é que as diferentes gerações de direitos humanos se façam presentes solidariamente e se constituam como interdependentes e inter-relacionados.”⁵

Com a democratização, docentes e magistrados começam a questionar o método de educação utilizado dentro das escolas, que era cercada pelo temor e inflexibilidade, restabelecendo as discussões sobre educação popular. Proporcionado para o novo modelo de ensino, liberdade e consciência de igualdade. Como afirma Paulo Freire:

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

4 SILVA, Aida Maria Monteiro. TAVARES, Celma (Orgs.). Políticas e fundamentos da educação em direitos humanos. São Paulo: Cortez, 2010, p 16.

5 SILVA, Aida Maria Monteiro. TAVARES, Celma (Orgs.). Políticas e fundamentos da educação em direitos humanos. São Paulo: Cortez, 2010, p 21.

“O respeito à autonomia e a dignidade de cada um é um imperativo ético e não um favor que podemos ou não conceder uns aos outros. (...) É nesse sentido também que a dialogicidade verdadeira, em que os sujeitos dialógicos aprendem e crescem na diferença, sobretudo, no respeito a ela, é a forma de estar sendo coerentemente exigida por seres que, inacabados, assumindo-se como tais, se tornam radicalmente éticos. É preciso deixar claro que a transgressão da eticidade jamais pode ser vista como virtude, mas como ruptura com a decência. O que quero dizer é o seguinte: que alguém se torne machista, racista, classista, sei lá o quê, mas se assuma como transgressor da natureza humana. Não me venha com justificativas genéticas, sociológicas ou históricas ou filosóficas para explicar a superioridade da branquitude sobre a negritude, dos homens sobre as mulheres, dos patrões sobre os empregados. Qualquer discriminação é imoral e lutar contra ela é um dever por mais que se reconheça a força dos condicionamentos a enfrentar⁶”

E com os debates sobre educação atrela-se a discussão sobre a criança e o adolescente como como são considerados na sociedade brasileira. Até o século XX, não havia nenhuma legislação que protegesse os direitos dos menores. Sendo assim estratificadas de acordo com sua classe social, enquanto os filhos de fazendeiros possuíam acesso ao ensino de melhor qualidade, crianças que não possuíam tal sina precisavam ajudar sua família a completar a renda, de modo que não podiam progredir nos estudos.

Em 1927, foi promulgado o Código de Menores:

“Popularmente conhecido como Código Mello Mattos, que regulava apenas os menores em situação irregular, regulamentando questões como trabalho infantil, abandono em instituições religiosas (antigas “rodas”), tutela, pátrio poder, delinquência e liberdade vigiada, concedendo plenos poderes ao juiz.”⁷

Com a Constituição de 1988, durante a elaboração foi estabelecido os princípios da prevalência absoluta dos interesses dos menores, da produção integral, da cooperação, da brevidade, da excecionalidade e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Segundo Jaqueline Lopes e Larissa Ferreira: “em 1990, ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança e inseriu no ordenamento jurídico o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que veio promover a efetividade de tais princípios para a plena garantia do desenvolvimento dos menores. Cumpre salientar que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre todos os direitos já abrangidos para a sociedade, levando-se em consideração a condição específica dos menores.”⁸

O ECA foi de suma importância para defender os direitos da criança e do adolescente, principalmente no que tange educação infantil, como disposto no artigo:

6 FREIRE, Paulo. 1996. *Pedagogia da Autonomia: Saberes Necessários à Prática Educativa*. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra.

7 LOPES, Jacqueline Paulino; FERREIRA, Larissa Monforte. Breve histórico dos direitos das crianças e dos adolescentes e as inovações do estatuto da criança e do adolescente- Lei 12.010/90, p.4.

8 LOPES, Jacqueline Paulino; FERREIRA, Larissa Monforte. Breve histórico dos direitos das criança e dos adolescentes e as inovações do estatuto da criança e do adolescente- Lei 12.010/90, p.4.

Art. 4º- É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, **à educação**, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (grifos meus)

O artigo deixa explícito que a defesa dos direitos fundamentais garantidos à criança e ao adolescente, sendo tarefa conjunta assegurar tais direitos, entre família, sociedade e Poder Público.

Art. 53º- A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - direito de ser respeitado por seus educadores;

III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;

IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;

V - acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica. (Redação dada pela Lei nº 13.845, de 2019)

O item acima refere-se aos direitos que a criança e o adolescente têm, não apenas o ensino e forma sistêmica, mas de maneira com que a se insiram na sociedade aplicando os ensinamentos éticos e que possam contribuir com valores éticos. Em concordância, estão Murillo José e Ideara, que o dispositivo traz alguns dos princípios que devem nortear a educação, reproduzindo em parte o enunciado do art. 205, da CF, que trata da matéria. A educação, portanto, não pode ser mero sinônimo de “ensino” das disciplinas tradicionais (português, matemática, história, geografia etc.), mas sim deve estar fundamentalmente voltada ao preparo para o exercício da cidadania, inclusive para o trabalho qualificado, através da aprendizagem/profissionalização e o ensino de seus direitos fundamentais, tal qual previsto no art. 32, §5º, da Lei nº 9.394/1996, que prevê a obrigatoriedade da inclusão, no currículo do ensino fundamental, de conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz a Lei nº 8.069/1990. É, no entanto, conforme dispõe o citado art. 205 da CF e art. 4º, caput, do ECA, tarefa que não pode ficar apenas a cargo da escola, mas também deve ser desempenhada pela família e pela comunidade, que para tanto precisam se integrar e articular (cf. arts. 4º, caput e 86, do ECA), cabendo ao Poder Público sua promoção, em todas as esferas (inclusive

via Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e de Educação).⁹

Art. 54º- É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 13.306, de 2016)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à escola.

O presente artigo possui a característica de auxiliar nos deveres e liberdades educacionais, apresentando de forma geral, porém objetiva o cumprimento das medidas socioeducativas, em todas as fases de escolaridade, sendo da pré-escola até o ensino médio.

Art. 55º- Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

A falta de matrícula do filho ou pupilo, na educação básica (pré-escola até a conclusão do ensino médio), configura crime de abandono intelectual, previsto no art. 246 do CP.

Art. 56º- Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de:

⁹ DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. Estatuto da Criança e do Adolescente, anotado e interpretado. Paraná: Ministério Público do Estado do Paraná, 2013.

I - maus-tratos envolvendo seus alunos;

II - reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares;

III - elevados níveis de repetência.

Sendo de suma importância o acompanhamento escolar, para que não haja maus-tratos infantis ou falta de acompanhamento familiar à criança, é necessário que tenha um acompanhamento por parte da escola, e informar as autoridades competentes, caso ocorra violação dos direitos e liberdades da criança.

Art. 57º- O poder público estimulará pesquisas, experiências e novas propostas relativas a calendário, seriação, currículo, metodologia, didática e avaliação, com vistas à inserção de crianças e adolescentes excluídos do ensino fundamental obrigatório.

É função do Poder Público adequar o programa escolar com esportes e atividades extracurriculares, com o objetivo de profissionalização para aperfeiçoar suas experiências.

Art. 58º- No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura.

É necessário, durante a Educação Escolar, garantir o respeito as diferenças e as liberdades do infanto-juvenil em relação aos seus valores e características individuais.

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 aliada ao Estatuto da Criança e do Adolescente são vitais para garantia de direitos e liberdades na educação brasileira, mesmo que ainda haja muitos problemas que precisam ser alcançados, o nosso sistema jurídico é um dos mais completos, necessitando apenas de disseminação por meio da compreensão do ordenamento jurídico para que se efetive, de fato, os direitos sociedade.

Vale ressaltar o ponto de vista de Idanir Ecco e Arnaldo Nogaró sobre Educação e humanização, que são termos indicotomizáveis, pois educar, em síntese, objetiva formar e “transformar” seres humanos, valorizando processos de mudança dos sujeitos, atualizando suas potencialidades, tornando-os humanos. Ademais, concebemos o ato pedagógico como um ato de educar; e o trabalho do educador efetiva-se com e entre seres humanos. E, nesse sentido, compreendemos que uma educação autêntica promove a dignidade das pessoas, esperançosa de que vivam humanamente, isto é, que sejam capazes de fazerem-se, construírem-se, inventarem-se, desenvolverem-se, pois não nascemos prontos, acabados,

satisfeitos. E essa condição, do homem e da mulher de nascerem não feitos, exige que, ambos, aprendam a ser gente, a constituírem-se humanos.¹⁰ Sendo assim, educação é um dos meios reais de socialização, é inerente ao ser humano a aprender, se desenvolver e ensinar.

Para Paulo Freire, ninguém educa ninguém, como tão pouco ninguém se educa a si mesmo: os homens se educam em comunhão, mediatizados pelo mundo¹¹. Dessa forma, o homem evolui e dissemina conhecimento em cooperação com outros indivíduos, realizando a partição de ensinamentos de experiências reais.

Além disso, o pedagogo afirma que a educação é um ato político, uma vez que a diretividade está vinculada à prática educativa, pois não há prática educativa que não se direcione para um certo objetivo, que não envolva um certo sonho, uma certa utopia. Isto é, não há educação sem um propósito, tanto para o educador, quanto para o aluno. Consoante com a convicção de Paulo Freire:

“não há nem jamais houve prática educativa em espaço-tempo nenhum de tal maneira neutra, comprometida apenas com ideias preponderantemente abstratas e intocáveis. Insistir nisso e convencer ou tentar convencer os incautos que essa é a verdade é uma prática política indiscutível com que se pretende amaciar a possível rebeldia dos injustiçados. Tão política quanto a outra, a que não se esconde, pelo contrário, proclama, sua politicidade”¹²

No decorrer do texto, consegue-se compreender que Freire que as relações entre docente e os direitos e relações humanos são de sua importância para a formação dos estudantes, concretizando a educação na perspectiva humanizada e ética.

5 | CONCLUSÕES

Portanto, os direitos humanos, por mais que estejam presentes na nossa sociedade já sofreram diversas mudanças, ainda houve momento em que foram desrespeitados e enfraquecidos.

Sendo assim, podemos concluir que para haver controle sobre a aplicação dos direitos humanos, é necessário que a população tenha um ensino de qualidade, não apenas para desenvolver o profissional, com matérias escolares, mas sim o lado social, como ética, moral e desenvolvimento pessoal, para poder exigir assim, dos governantes, que cumpram e exerçam os direitos do cidadão.

Como afirma Arnaldo e Idanir, com uma citação de Oliveira:

10 ECCO, Idanir; NOGARO, Arnaldo. A educação em Paulo Freire como processo de humanização. Paraná: EDUCERE, 2015.

11 FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983^a, p. 79.

12 FREIRE, Paulo. Pedagogia da esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

“[...] não basta amorosidade, tem que ser uma amorosidade competente. Porque a amorosidade que não é competente é mera boa intenção e, muitas vezes, o desastre é grande. Não basta ter amorosidade. Não basta falar numa pedagogia do amor que não carregue a competência e a formação. Porque, do contrário, ela fica apenas no plano das intenções. [...] Tem que ser um amor que carregue competência”. 3532 A partir do exposto, incontestavelmente, a educação é uma prática antropológica, pois: “A educação é uma ação constitutiva de ser humano. Homens e mulheres se educam em suas relações com o mundo, em processo permanente”¹³

Sendo assim, educar é uma forma de política, sendo necessário não apenas amor por ensinar, mas sim aptidão. Educar não é apenas explicar uma matéria, é formar um cidadão, e que deve sempre, procurar evoluir, para termos assim uma sociedade mais justa. Aprender e ensinar é um ato político, pois só contestamos o que está errado se não conhecermos nossos direitos. Como podem afirmar Francisca Pini e Célio Moraes:

“O caminho para um processo de educação em direitos humanos é extenso e requer a adoção de diretrizes e de uma prática educativa que sejam coerentes com os valores e princípios dos direitos humanos e estimulem condutas de respeito à dignidade humana. A despeito de haver um marco normativo institucional dessa área no País, que se desenvolveu após a redemocratização, além de vários documentos nos âmbitos internacional e interamericano, as limitações existentes para sua inserção de forma mais ampla na sociedade seguem presentes na realidade brasileira.”¹⁴

Podemos assim, concluir, que no Brasil, as legislações e políticas públicas se desenvolveram, porém ainda temos um longo caminho de aprimoramento e efetivação dos mesmos. Freire acredita: “Educação, Participação Política, Direitos Humanos e educação em direitos humanos exige uma prática educativa que possibilite a vivência dos direitos e o exercício dos deveres. Tudo isso com um único objetivo: contribuir para formar “gente mais gente”.¹⁵

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. de Direito Constitucional. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. Estatuto da Criança e do Adolescente, anotado e interpretado. Paraná: Ministério Público do Estado do Paraná, 2013.

13 ECCO, Idanir; NOGARO, Arnaldo. A educação em Paulo Freire como processo de humanização. Paraná: EDUCERE, 2015. OLIVEIRA, I. A. de. Filosofia da Educação: reflexões e debates. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006., p 26.

14 PINI, Francisca Rodrigues de Oliveira; MORAES, Célio Varderlei. Educação, participação política e direitos humanos. São Paulo: Centro de Referência Paulo Freire, 2011.

15 FREIRE, Paulo. Educação e mudança. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p.165.

FREIRE, Paulo. Cartas a Cristina. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

FREIRE, Paulo. Educação e mudança. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979

FREIRE, Paulo. 1996. Pedagogia da Autonomia: Saberes Necessários à Prática Educativa. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

LOPES, Jacqueline Paulino; FERREIRA, Larissa Monforte. Breve histórico dos direitos das criança e dos adolescentes e as inovações do estatuto da criança e do adolescente- Lei 12.010/90, p.4.

OLIVEIRA, I. A. de. Filosofia da Educação: reflexões e debates. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948.

PINI, Francisca Rodrigues de Oliveira; MORAES, Célio Varderlei. Educação, participação política e direitos humanos. São Paulo: Centro de Referencia Paulo Freire, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7. ed. rev., ampl., atual., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21/24.

SILVA, Roberto da. A eficácia sociopedagógica da pena de privação da liberdade.2001. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

SILVA, Aida Maria Monteiro. TAVARES, Celma (Orgs.). Políticas e fundamentos da educação em direitos humanos. São Paulo: Cortez, 2010.

<http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/07/eca-25-anos-linha-do-tempo-direitos-criancas-e-adolescentes>. Acesso 20/06/2019

<https://www.politize.com.br/direitos-humanos-no-brasil/>. Acesso 20/06/2019.

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS PRIVADAS

Data de aceite: 27/02/2020

Krislayne Maria Sandini da Silva

Acadêmica de pós-graduação em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional –ABDConst. Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNIOPET em 2018.

Curitiba/Paraná

<http://lattes.cnpq.br/1788494778480498>

Marcello Sgarbi

Especialista em Direito Tributário pela Faculdades Curitiba em 2000. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR em 1993. Coordenador e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário UNIOPET.

Curitiba/Paraná

<http://lattes.cnpq.br/8554936168906651>

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo a análise dos direitos fundamentais em face as relações privadas, em especial as pessoas jurídicas de direitos privados como titulares destes direitos, e como tais direitos incidem e afetam as pessoas jurídicas em suas relações empresariais. Pois, as pessoas jurídicas são consideradas sujeitos de direitos fundamentais, mesmo que consagradas de forma coletiva, visto que são representações de pessoas físicas, e fazem parte da estrutura

empresarial, ou seja, atingi-las implica necessariamente atingir também os indivíduos que as compõem. Apresenta-se uma visão panorâmica dos direitos fundamentais, demonstrando a influência que as gerações de direitos fundamentais exerceram na evolução dos direitos individuais, descrevendo de forma breve as diversas formas de atuação, proteção, alcance e destinatários dos direitos fundamentais, abordando também a utilização das cláusulas gerais nos contratos entre pessoas jurídicas e a incidência dos direitos fundamentais sobre elas, bem como apontar as considerações em relação as divergências doutrinárias e do posicionamento do STF.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Relações Privadas; Pessoas Jurídicas.

THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE BUSINESS RELATIONS

ABSTRACT: The present work has as scope the analysis of the fundamental rights in the face of the private relations, the legal entities of private rights as holders of these rights, and how such rights affect and affect the legal entities in their business relations. For, the legal entities are considered subjects of fundamental rights, even if consecrated collectively, since they are representations of individuals, and they are part of the corporate structure, that is, to

reach them necessarily implies also to the individuals that compose them. An overview of fundamental rights is presented, demonstrating the influence that generations of fundamental rights had on the evolution of individual rights, briefly describing the various forms of action, protection, scope and addressees of fundamental rights, and also addressing the use of general clauses in contracts between legal entities, as well as to point out the considerations regarding doctrinal divergences and the position of the Supreme Court.

KEYWORDS: Fundamental rights; Private relations; Legal entities.

1 | INTRODUÇÃO

O estudo em questão tem por escopo a análise dos direitos fundamentais em face das relações privadas, em especial as pessoas jurídicas de direito privado como titulares destes direitos.

Abordar-se-ão as funções autônoma dos direitos fundamentais, como valores que a sociedade deve respeitar e praticar, sendo utilizados como critérios para o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Veremos que estes direitos foram idealizados pelo constituinte originário como cláusulas pétreas, ou seja, imodificáveis e irreformáveis, verdadeiros alicerces da Constituição Federal de 1988, suprimidos somente mediante uma nova ordem jurídica constitucional, por meio da manifestação de um novo poder constituinte originário.

A necessidade de aplicação desses direitos nas relações privadas dá-se como uma forma de defesa de uma esfera de liberdades dos particulares em relação ao Estado, isso porque, com o evolução da sociedade, há uma participação mais intensa das empresas e da sociedade em geral, no exercício do poder do Estado, para garantir a efetiva observância a esses direitos.

Quanto a sua aplicação e eficácia na esfera privada, tema central do presente trabalho, esta se dá na chamada eficácia horizontal entendida como a eficácia dos direitos entre terceiros ou de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, com o foco na possibilidade de aplicação desses direitos nas relações entre pessoas jurídicas.

Assim, através da análise doutrinária e jurisprudencial, busca-se como principal objetivo deste trabalho entender a aplicação e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações empresariais privadas, mesmo que consagradas de forma coletiva, visto que são representadas por pessoas físicas, pois fazem parte da estrutura empresarial, ou seja, atingi-las implica necessariamente atingir também os indivíduos que as compõem.

2 | DIREITOS FUNDAMENTAIS

São os direitos básicos individuais e sociais, assegurados pelo Estado e previsto na Constituição Federal, surgiram com a intenção e partindo da necessidade de proteger os cidadãos do poder exercido pelo Estado, visando produzir e preservar as condições essenciais para o desenvolvimento de uma vida digna assegurando o mínimo de garantias para o convívio em sociedade.

Com base na Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais estão classificados e divididos em direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos à nacionalidade e direitos políticos, além dos direitos fundados nas relações econômicas presentes no texto constitucional, mas não elencados entre o rol de direitos fundamentais.

Canotilho (1998; p. 359), afirma que os direitos fundamentais são direitos intrínsecos das pessoas, consolidados e essenciais para sua existência, devendo haver proteção no ordenamento jurídico

Direitos fundamentais são direitos da pessoa, como indivíduo, jurídico-institucionalmente, garantidos e limitados no espaço tempo. Estes direitos individuais são firmados de acordo com os valores e princípios apresentados pelo grupo social, desde o seu nascimento, é daí que surge seu caráter inviolável, intemporal e universal. [...] os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Ou seja, vê-se que são direitos que o homem possui em face do Estado, pois abrangem a sociedade como um todo, com o objetivo de proteção dos abusos realizados pelo Estado e dos abusos realizados entre particulares.

Paulo Bonavides cita a classificação de Carl Schmitt (2004; p.560), onde este por sua vez, os divide em duas vertentes, a primeira aborda os direitos fundamentais como sendo um conjunto de garantias, padrões e princípios assegurados e preservados no ordenamento jurídico, logo são os direitos criados pelo Estado. A segunda vertente, defende que cada grupo social desenvolve suas garantias fundamentais variando de acordo com os critérios de cultura, ideologia e valores sociais anteriormente adotados, construindo a partir desses juízos de valores, o Estado.

Ainda com relação à classificação dos direitos, para melhor entender a evolução do estudo dessas garantias pela doutrina, estes classificados em quatro gerações.

Os direitos de primeira geração, ou os direitos das liberdades, foram os primeiros a constarem no instrumento normativo constitucional, cuja principal característica é ter como titular dos direitos o indivíduo, por serem oponíveis ao Estado e representarem as características e individualização das pessoas ostentando uma subjetividade. Ou seja, são característicos aos valores referentes às liberdades, considerados direitos políticos e sociais, que tem por titular o indivíduo reconhecendo sua autonomia e garantindo iniciativa e independência.

Já a segunda geração de direitos abrange determinadas categorias de indivíduos tratando dos direitos de forma coletiva, com a possibilidade de ser oponível tanto em face do Estado como em face das pessoas ou de determinadas categorias. São os direitos característicos da coletividade, abordam saúde, educação, direitos sociais, econômicos e culturais, e são utilizados como mecanismos de proteção objetivando reduzir as desigualdades por estarem ligados as contribuições sociais do Estado em face do indivíduo.

Os direitos de terceira geração são os baseados na fraternidade ou na solidariedade, os quais envolvem de modo direto a questão primordial da qualidade de vida para a sociedade, distinguindo-se das outras gerações de direitos em razão de pertencerem a toda a coletividade mesmo que seus objetivos sejam o desenvolvimento e proteção dos direitos coletivos, englobando os direitos apresentados na segunda geração.

A quarta dimensão dos direitos, compõe-se dos direitos a democracia direta, ao pluralismo e a informação, sendo esta dimensão consequência das evoluções das garantias fundamentais. Trata-se da proteção de um conjunto de direitos que decorrem dos avanços por ela concebidos, sobre os efeitos causados na proteção da vida e na transmissão da informação e no futuro da cidadania.

Apresentar a distinção entre as gerações de direitos é importante para determinar os diversos momentos em que esses grupos de direitos surgem pleiteando abrigo pela ordem jurídica. Além da necessidade de delimitação do sentido e do alcance da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, pois só assim pode-se analisar a eficácia sobre as relações privadas.

Os direitos adquiridos em cada geração permanecem válidos simultaneamente com os direitos da nova geração, ou seja, cada geração não substitui a outra, mas sim se complementam aumentando o rol de direitos fundamentais, a fim de encontrar a melhor forma de proteção das garantias e liberdade individuais ou coletivas, dado que, o Estado não pode reduzir ou extinguir tais direitos por possuírem importante e fundamental papel no exercício da democracia e na construção da personalidade individual e coletiva, sendo essa uma das grandes diferenças em face de outros institutos.

Assim, nos direitos fundamentais são os próprios valores objetivos básicos que se direcionam para os fins da ação do poder público e não apenas para as garantias dos interesses dos particulares. Além do que não devem ser analisados de forma individual, mas sim do ponto de vista da sociedade, vez que se trata de valores que devem ser respeitados por ela.

2.1 As Pessoas Jurídicas e os Direitos e Garantias Fundamentais

Compreende-se então, que os direitos e garantias fundamentais guardam estreita relação com o indivíduo, pessoa física. No entanto, provoca interesse em saber se tais garantias também se aplicariam as pessoas jurídicas e qual o tratamento jurídico conferido ao tema.

É fato que a proteção e o alcance dos direitos e garantias fundamentais encontra-se bem delimitado no que tange às pessoas físicas, em razão do caput e dos incisos do artigo 5º da Constituição Federal, fazerem expressa menção aos brasileiros e estrangeiros, cabendo, no entanto, verificar se os entes coletivos também seriam destinatários de proteção constitucional.

Vale ressaltar que os direitos fundamentais surgiram da necessidade de proteção as pessoas físicas, porém com a evolução da sociedade surgiu a necessidade de se invocação a proteção também as pessoas jurídicas. Ou seja, as pessoas jurídicas são destinatárias dos direitos fundamentais, contudo, não são detentoras de todo e qualquer direito fundamental, somente daqueles que abrangem sua personalidade jurídica e atividade empresarial.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que as pessoas jurídicas são titulares desta proteção fundamental, conforme AC 2.032-QO/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, deixando claro não haver dúvidas quanto ao direito à invocação da proteção constitucional sempre que ele se vincular a atividade empreendida pela pessoa jurídica, vejamos:

“E M E N T A: CADASTRO ÚNICO DE CONVÊNIO (CAUC) - INCLUSÃO, NESSE CADASTRO FEDERAL, DO ESTADO DE SÃO PAULO, POR EFEITO DE DIVERGÊNCIAS NA PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CONVÊNIOS CELEBRADOS COM O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - CONSEQÜENTE IMPOSIÇÃO, AO ESTADO-MEMBRO, EM VIRTUDE DE ALEGADO DESCUMPRIMENTO DAS RESPECTIVAS OBRIGAÇÕES, DE LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA - A QUESTÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE CARÁTER PROCEDIMENTAL, TITULARIZADOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO - POSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELAS ENTIDADES ESTATAIS, EM SEU FAVOR, DA GARANTIA DO ‘DUE PROCESS OF LAW’ - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, POR PARTE DO PODER PÚBLICO, DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA INCLUSÃO, NO CAUC, DE QUALQUER PESSOA ESTATAL, BEM ASSIM DE SEUS ENTES OU ÓRGÃOS A ELA VINCULADOS - LITÍGIO QUE SE SUBMETE À ESFERA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HARMONIA E EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS E A UNIÃO FEDERAL - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO - POSSIBILIDADE DE CONFLITO FEDERATIVO - PRETENSÃO CAUTELAR FUNDADA NA ALEGAÇÃO DE TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO ‘DUE PROCESS OF LAW’ - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA - DECISÃO DO RELATOR REFERENDADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONFLITOS FEDERATIVOS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO. - A Constituição da República confere, ao Supremo Tribunal Federal, a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, ‘f’), atribuindo, a esta Corte, em

tal condição institucional, o poder de dirimir as controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação. Essa magna função jurídico institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira. A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, 'f', da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE CARÁTER PROCEDIMENTAL, TITULARIZADOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. - A imposição de restrições de ordem jurídica, pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo (como sucede com a inclusão de supostos devedores em cadastros públicos de inadimplentes), supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do 'due process of law', assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. Doutrina. Precedentes. LIMITAÇÃO DE DIREITOS E NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PARA EFEITO DE SUA IMPOSIÇÃO, DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, seja ela pública ou privada, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos. A jurisprudência dos Tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade do princípio da plenitude de defesa, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo. Doutrina. Precedentes." (AC 2.032, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 20/03/2009).

Desse modo, observa-se que o Supremo Tribunal Federal não só firmou entendimento de que as pessoas jurídicas são titulares de proteção fundamental, como afirmou que tal proteção se estende também as pessoas jurídicas de direito público.

Pode-se afirmar que as pessoas jurídicas não são abraçadas de todos os direitos fundamentais, mas somente daqueles que se unem a execução de sua atividade empresarial.

3 | APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Diferente de outros ordenamentos jurídicos, no Brasil não há norma constitucional expressa a respeito da invocação dos direitos fundamentais no âmbito das pessoas jurídicas. No entanto, superou-se esse posicionamento e atualmente admite-se que os direitos fundamentais beneficiem, também, as pessoas jurídicas

atuantes no Brasil, pois em muitos casos a proteção última do indivíduo só se dá por meio da proteção que se confere às próprias pessoas jurídicas.

Ao analisar o Art. 5º da Constituição Federal, nota-se que muitos dos direitos enumerados em seus incisos são extensíveis às pessoas jurídicas, são eles o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade do domicílio, neste caso a sede, a garantia do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, o direito de impetrar mandado de segurança, bem como o direito a imagem e a honra (Súmula STJ nº 227 – A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.).

Há casos em que alguns direitos são conferidos direta e exclusivamente às pessoas jurídicas, como a não interferência estatal no funcionamento de associações, inciso XVIII, e o de não serem elas compulsoriamente dissolvidas, salvo por decisão judicial transitada em julgado, inciso XIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

A livre constituição de associações, inciso XVIII do art. 5º, permite que a sociedade, pessoas físicas ou jurídicas, criem associações sem qualquer necessidade de pedir autorização prévia do Estado, sendo vedada qualquer interferência do governo em seu funcionamento. Portanto, de acordo com este inciso, essas entidades têm o direito de se organizarem como bem entenderem, desde que respeitando as leis vigentes no ordenamento jurídico.

Já o inciso XIX do art. 5º, da Constituição Federal, define que a suspensão ou dissolução de associações de forma involuntária só poderá ocorrer por decisão judicial, ou seja, após o devido processo legal. Contudo, se houver a dissolução ou suspensão das associações por vontade dos próprios associadas, não há a necessidade da realização do processo legal, sendo determinada a finalização voluntária da organização. Importante ressaltar que em ambas as situações não há interferência do Estado.

Deve-se destacar que embora as pessoas jurídicas sejam consideradas titulares e se beneficiam de vasto rol dos direitos fundamentais descritos no artigo 5º, alguns são exclusivos das pessoas físicas, isso porque sua natureza é determinante para que estas sejam suas únicas destinatárias. Isso porque, de início os direitos e garantias tiveram sua origem nas pessoas físicas como destinatárias de sua proteção, em razão da necessidade de proteção dos direitos dos indivíduos que eram a parte hipossuficiente frente ao Estado.

3.1 Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas (Eficácia Horizontal)

O direito constitucional vem reconhecendo a expansão da eficácia dos direitos fundamentais para abarcar, também, as relações privadas, discussões essas que

potencializam a produção de efeitos desses direitos não apenas na esfera vertical, do particular frente ao Estado, como também na perspectiva horizontal, nas relações entre particulares. O que ainda está impreciso é a forma de incidência desses direitos.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entendida como a eficácia dos direitos entre terceiros ou de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, decorre do reconhecimento de que as desigualdades não se situam apenas entre Estado e particular, como também entre os próprios particulares, nas relações privadas.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal - STF, tem adotado a teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais (STF-RE 158215/RS, STF-RE 161243/DF e no STF-RE 201819/RJ), ou seja, alguns direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente às relações privadas, ou seja, sem a necessidade de intervenção legislativa. Mesmo que estes direitos fundamentais venham sendo aplicados nas relações privadas, ainda não há uma fundamentação teórica específica acerca dos limites e alcance dessa aplicação na jurisprudência.

Por isso, a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, isto é, a aplicação nas relações empresariais privadas, é amplamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não haver expressa previsão da Constituição, mas que também não há vedação ou qualquer outro limite imposto expressamente.

Assim, é importante ressaltar que a adoção desta eficácia, diante da divergência que existe dentro do tema em relação às teorias adotadas, ainda é questão que não se encontra pacificada no ordenamento brasileiro.

3.2 Cláusulas Gerais em Contratos Empresariais

O contrato é a forma lógica que caracteriza as relações e a vida em sociedade, toda a convivência entre os membros de um grupo social se baseia e se concretiza através de acordos de vontades. Sendo assim, fica claro que a liberdade de contratar e a liberdade para definir o conteúdo do contrato, deve ser garantida aos indivíduos.

Contudo, para que as relações sociais e jurídicas sejam equilibradas e a pessoa jurídica não sofra com intervenções e abusos de outros entes públicos ou privados, em razão destes possuírem mais vantagens, a ordem jurídica estabelece limitações à liberdade de contratar. Assim, toda estipulação contratual, ainda que regularmente emanada da vontade dos indivíduos deverá estar de acordo com as normas de proteção dos direitos, tanto da sociedade quanto do indivíduo.

Gustavo Tepedino (2001; p. 7) conceitua as cláusulas gerais como normas que não prescrevem certa conduta, mas definem valores e parâmetros hermenêuticos, sendo utilizadas como referência interpretativa oferecendo ao legislados critérios e limites para a aplicação das demais disposições normativas. No entanto, a adoção

destas cláusulas gerais exige um cuidado especial, posto que por si só, não significam transformação qualitativa do ordenamento.

As cláusulas gerais constituem disposição normativa de forma vaga, ou aberta dirigida ao juiz que diante do caso concreto, poderá fazer uso de elementos que estejam fora do sistema, o que evidencia a importância da fundamentação das decisões. Dessa forma, somente surtirá os efeitos jurídicos quando reduzidos ao caso concreto, o que ocorrerá pela instrumentalidade conferida às cláusulas gerais.

Um dos principais objetivos das cláusulas gerais é possibilitar o desenvolvimento do pensamento e a evolução do comportamento social, com base na segurança jurídica, pois assim tem-se um sistema em construção que se dá através delas.

Ou seja, são normas formalmente expressas em linguagem escrita no sistema jurídico dotadas de elevado grau de valoração e generalidade que devem ser interpretadas de acordo com o caso concreto, ressaltando os valores presentes na Constituição Federal e no Código Civil.

As cláusulas gerais servem como ferramentas que visam inibir eventuais abusos ou interferências, do Estado ou de empresas maiores em razão das vantagens que estas possuem. É através destas cláusulas que o legislador se utiliza dos parâmetros necessários para realizar a aplicação dos direitos fundamentais, quando estes se fizerem necessários, e garantir a proteção das pessoas jurídicas.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas é tema extremamente atual e instigante, que não se encontra pacificado na doutrina e na jurisprudência brasileira, ensejando inúmeras controvérsias. Pois viu-se que a Constituição Federal, não possui dispositivo, sendo omissa, cabendo a doutrina e aos legisladores promovam a aplicação direta através da interpretação dos preceitos constitucionais.

A teoria da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais deve ser aplicada de forma mais intensa nas situações em que forem maiores as desigualdades em relação as empresas privadas.

Em outras palavras, as pessoas jurídicas são sujeitos de direitos fundamentais, mesmo que estes estejam consagrados de forma coletiva, visto que são representações de pessoas físicas, pois fazem parte da estrutura empresarial, ou seja, atingi-las implica necessariamente atingir também os indivíduos que as compõem.

Logo, a orientação majoritária adotada pela doutrina, e inclusive por parte do STF, prevalece na regra geral de que, havendo compatibilidade entre o direito fundamental, a natureza e os fins a que se destina a pessoa jurídica, a princípio,

reconhece-se a proteção constitucional, contudo não impede que o legislador estabeleça distinções ou limitações sujeitas ao controle de constitucionalidade.

Dessa forma, vemos que os direitos fundamentais exercem sim influência nas relações empresariais privadas e que a extensão da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas tem por finalidade maior, a de proteger a atuação dos indivíduos, pessoas físicas, conferindo-lhes limites e condições de exercício, pois são vistos como um sistema objetivo de valores capazes de adentrar no ordenamento privado por meio das chamadas cláusulas gerais, tendo essa aplicação a necessidade de ser finalizada pelo juiz que deverá interpretá-las à luz dos valores já consagrados pela Constituição Federal, além do que muitas vezes é através da tutela da pessoa jurídica que se alcança uma melhor proteção aos indivíduos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9ª ed. Renovar. 2009.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina. 1998.

CARVALHO, Paulo César de. **Clausulas gerais no novo código civil**. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8077/clausulas-gerais-no-novo-codigo-civil>> Acesso em: 28 de Nov. de 2019.

COSTA, Jefferson Alexandre da. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a autonomia privada solidária nas relações de trabalho**. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60775/eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais-e-a-autonomia-privada-solidaria-nas-relacoes-de-trabalho>>

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 38º ed. Saraiva. 2012.

FOGAÇA, João Vitor. e CARVALHO, Talita de. **Inciso XVIII – Livre Constituição de Associações**. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/artigo-5/livre-constituicao-de-assocacoes/>> Acesso em: 29 de Nov. de 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21 ed. Saraiva. 2017.

LIMA, Danilo Chaves. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas: é possível?**. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31287/aplicacao-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-privadas-e-possivel>> Acesso em 25 de Nov. 2019.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Editora Juspodivm. 2015.

MORAES, José Luciano Jost de. **Direitos e garantias fundamentais e as pessoas jurídicas**. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-e-garantias-fundamentais-e-as-pessoas-juridicas/>> Acesso em: 28 de Nov. de 2019.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. 7 ed. Saraiva, São Paulo. 2017.

NUNES, Gabriel Turiano Moraes. **Cláusulas gerais e o sistema jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03_01_05.htm> Acesso em: 28 de Nov. de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7 ed. Livraria do Advogado. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6° ed. Saraiva, 2017.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **A invocação dos direitos fundamentais no âmbito das pessoas coletivas de direito privado**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/555/r145-07.pdf?sequence=4>> Acesso em: 25 de Nov. de 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil. In: Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

AC 2.032-QO/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 15/05/2008, Publicação: 20/03/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo558.htm#transcricao1>> Acesso em 28 de Nov. de 2019.

A MEDIAÇÃO DAS DEMANDAS FAMILIARES NO REGIME DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Data de aceite: 27/02/2020

Data de submissão: 29/01/2010

Rosane Gollo Coffy

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus Erechim, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Curso de Direito Erechim – RS

Vera Maria Calegari Detoni

Mestre em Direito. Linha de pesquisa do Mestrado: Novos Direitos é Solução de Conflitos. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus Erechim, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Curso de Direito. Erechim – RS.

CV: <http://lattes.cnpq.br/0800010392318418>

RESUMO: O artigo aborda aspectos da Mediação, dando-se ênfase à Mediação das Demandas Familiares no Regime do Código de Processo Civil de 2015. A Lei de Mediação de Conflitos considera mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial, sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Na atualidade, é incumbência do juiz promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o

auxílio de mediadores, sendo esses, elementos fundamentais e preferenciais para a tarefa de tratar o conflito das demandas familiares, de forma autocompositiva. Diante do exposto, o presente artigo tem como objetivo analisar a mediação, buscando conceituar o instituto, a luz da doutrina e do novo Código de Processo Civil. Além disso, este estudo objetiva examinar a efetividade da mediação como método de acesso à Justiça e instrumento adequado ao tratamento de conflitos emergidos no contexto das demandas familiares. Para fins de cumprir com tais objetivos, o método de abordagem utilizado é o dedutivo, partindo da relação entre argumentos gerais denominados premissas, para argumentos particulares, até se chegar a uma conclusão. Como procedimento, utilizou-se o método monográfico, através de revisão bibliográfica produzida sobre esse meio de solução de conflitos, com o exame da doutrina e de estudos sobre o tema e da legislação pertinentes à temática. Conclui-se que a mediação é um processo confidencial e voluntário, cabendo a responsabilidade das decisões às partes envolvidas, constituindo-se em uma alternativa ao litígio e também um meio para o resolver. Assim, é incumbência do juiz promover, a qualquer tempo a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de mediadores, sendo esses, elementos fundamentais e preferenciais para a tarefa de tratar o conflito

das demandas familiares.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação, Demandas familiares, Autocomposição.

MEDIATION OF FAMILY DEMANDS ACCORDING TO THE 2015 CIVIL PROCEDURE CODE REGIME

ABSTRACT: The article addresses aspects of Mediation with an emphasis on Mediation of Family Demands according to the 2015 Civil Procedure Code Regime. The Conflict Mediation Law considers mediation the technical activity performed by an impartial third person, without decision-making power, who, chosen or accepted by the people involved, assists and encourages them to identify or develop consensual solutions to the controversy. Nowadays, it is the judge's responsibility to promote, at any time, self-composition, preferably with the help of mediators, which are fundamental and preferential elements for the task of treating the conflict of family demands, in a self-composed manner. Given the above, this article aims to analyze mediation, seeking to conceptualize the institute, in the light of doctrine and the new Civil Procedure Code. In addition, this study aims to examine the effectiveness of mediation, conceptualizing the institute, according to the 2015 civil procedure code regime. Besides that, this study aims to examine the effectiveness of mediation as a method of accessing justice and an appropriate instrument for dealing with conflicts that arise in the context of family demands. In order to achieve these objectives, the approach used is deductive, starting from the relation between general arguments called premises, for particular arguments, until a conclusion is reached. As a procedure, the monographic method was used, through a bibliographic review produced about this way to solve the conflict resolution, with the examination of the doctrine and studies on the theme and the legislation relevant to the theme. It is concluded that mediation is a confidential and voluntary process, in which the people involved being responsible for decisions, constituting an alternative to litigation and also a way to resolve it. Thus, it is the judge's responsibility to promote self-composition at any time, preferably with the help of mediators, which are fundamental and preferential elements for the task of dealing with the conflict of family demands.

KEYWORDS: Mediations, Family demands, Self-composition

1 | INTRODUÇÃO

A mediação apresenta-se como um “instrumento de pacificação de conflitos de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito” (CAHALI, 2018, p.93). Como afirma Tartuce (2008, p. 208), “A mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual”. A proposta da técnica é

proporcionar um outro ângulo de análise aos envolvidos: em vez de continuarem as partes enfocando suas posições, a mediação propicia que elas voltem sua atenção para os verdadeiros interesses envolvidos.

A Lei 13.140 de 26 de junho de 2015 considera mediação “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial, sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (art. 1º, parágrafo único). Também, o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), elaborou um Código de Ética para Mediadores dispondo sobre o tema e descrevendo que

A mediação transcende à solução da controvérsia, dispondo-se a transformar um contexto adversarial em colaborativo. É um processo confidencial e voluntário, onde a responsabilidade das decisões cabe às partes envolvidas. Difere da negociação, da conciliação e da arbitragem, constituindo-se em uma alternativa ao litígio e também um meio para resolvê-lo (CONIMA, 2019).

A mediação é conduzida por um terceiro, denominado “mediador que tem por objetivo auxiliar as partes em conflito a chegarem, por si só, ao entendimento e à transformação do conflito. O mediador não julga nem tão pouco concilia as partes, tarefa de árbitro e de conciliador, respectivamente” (LEVY, 2008, p. 122).

O Código de Ética para Mediadores traz a “autonomia da vontade das partes” como premissa a ser observada pelo mediador em sua atuação. No código está expressa a nota explicativa que disciplina que “o caráter voluntário do processo da mediação, garante o poder das partes de administrá-lo, estabelecer diferentes procedimentos e a liberdade de tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo”. Portanto, o mediador deve respeitar a vontade das partes no que se refere às decisões tomadas durante o procedimento da mediação. Além disso, o documento estabelece como princípios fundamentais a orientar a conduta do mediador são definidas como: imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência. (CONIMA, 2019). Assim, ao mediador cabe criar um ambiente propício à comunicação entre os mediados, de forma que, aos poucos, emoções mágoas, ressentimentos, frustrações ou outros sentimentos sejam superados para facilitar a escuta e o respeito à posição do outro (CAHALI, 2018, p.94).

O mediador é um facilitador; um coordenador dos trabalhos, instigando as partes a desenvolver a dialética e comunicação, permitindo falar sobre aquilo que não vinha sendo dito, e fornecendo-lhes elementos para reconhecer valores relevantes à análise da relação. Como terceiro imparcial, não sugere, pela corrente da mediação passiva, a tomada de decisões, ainda que tenha a percepção da melhor solução ao conflito (CAHALI, 2018, p.95).

Cabe ressaltar que a mediação é indicada para situações em que existe um

vínculo jurídico ou pessoal continuado entre os envolvidos no conflito, ensejando, assim, a necessidade de se investigar os elementos subjetivos que levaram ao estado de divergências. Deve-se ter em mente que a mediação também serve no momento anterior ao conflito estar instaurado. Ela visa, assim, a prevenção ou a correção dos pontos de divergência decorrentes da interação e organização humana. Daí porque deve o mediador dedicar mais tempo aos mediados, para melhor auxiliá-los nas questões controvertidas (CAHALI, 2018, p.93).

Nesse processo, o mediador deve ter sensibilidade para identificar a origem real do conflito e capacidade para levar as partes a esta percepção, para que o novo olhar facilite a compreensão da controvérsia, e assim contribua para a escolha de soluções, ou, ao menos, para mudanças de comportamento (CAHALI, 2018, p.95).

Enquanto meio não adversarial, todo o processo se desenvolve na expectativa de se ter a cooperação entre os envolvidos para se chegar a um resultado positivo (CAHALI, 2018, p.94). Nas palavras de Serpa (1999, p. 90), sobre a função do facilitador: “O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos”. Para Braga Neto e Sampaio (2007. p.19-20) a mediação “não visa pura e simplesmente o acordo, mas a atingir a satisfação dos interesses e das necessidades dos envolvidos nos conflitos [...]”. Um dos seus objetivos é estimular o diálogo cooperativo entre eles para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidos. Os autores enfatizam que com esse método pacífico, tenta-se “[...] propiciar momentos de criatividade para que as partes possam analisar qual seria a melhor opção em face da relação existente, geradora da controvérsia”. Mais importante é resgatar a qualidade da comunicação e da relação entre os envolvidos do que simplesmente chegar a um acordo (CAHALI, 2018, p.94).

Pode soar estranho, até mesmo às partes, em um primeiro momento, submeter-se à mediação para, no final, consumido tempo e recursos, ainda ser necessário a solução adjudicada (por arbitragem ou processo judicial). Mas para os profissionais da área e para aqueles que se submeteram ao procedimento, há o reconhecimento do efeito positivo da mediação, na inter-relação e na forma como o conflito será, a partir do então, conduzido. O tratamento gera no mínimo a conscientização das posições, a redução do desgaste emocional, o arrefecimento da animosidade, e o respeito às divergências (CAHALI, 2018, p.95).

Cabe ressaltar que a tendência do ordenamento jurídico brasileiro tem sido de adotar um novo modelo de acesso à justiça, baseado na ideia de que a via jurisdicional tradicional de resolução de conflitos, adjudicada pelo juiz, não é a única via de acesso à Justiça, mas sim, que há meios de oferecimento de um maior número de métodos de solução de controvérsias, para que se possa empregar a cada caso específico o meio que for mais adequado ao seu tratamento. (QUEVEDO, 2018, p.9).

Por tudo isso, o instituto da mediação ganhou respeito e espaço nos últimos tempos. A mediação passou a ser reconhecida não só pela acomodação de interesses alcançada como potencial resultado de seu desenvolvimento, como também, e especialmente, pelo benefício de melhorar a conduta das partes, inspirando o sentimento de pacificação das relações sociais, até mesmo se frustrada a composição. As vantagens da mediação, como economia de tempo, confidencialidade, facilitação para a compreensão dos sentimentos e emoções como parte do processo, flexibilidade do procedimento e perspectiva de se evitar novos conflitos, passaram a ser mais buscadas e exploradas. (CAHALI, 2018, p.95-96).

No âmbito familista a mediação é o processo que, através do uso de técnicas de facilitação por um terceiro interventor numa disputa, estabelece o contexto do conflito existente, identifica necessidades e interesses, mediante recursos advindos da psicologia e da assistência social, produzindo decisões consensuais, posteriormente traduzidas em um acordo levado ou não à homologação (SPENGLER, 2017, p.163).

O presente artigo tem como objetivo analisar a mediação, buscando conceituar o instituto, a luz da doutrina e do novo Código de Processo Civil. Além disso, este estudo objetiva examinar a efetividade da mediação como método de acesso à Justiça e instrumento adequado ao tratamento de conflitos emergidos no contexto das demandas familiares. Tendo em vista o alcance dos objetivos propostos, o método de abordagem utilizado é o dedutivo, partindo da relação entre argumentos gerais denominados premissas, para argumentos particulares, até se chegar a uma conclusão. Como procedimento, utilizou-se o método monográfico, através de revisão bibliográfica produzida sobre esse meio de solução de conflitos, com o exame da doutrina e de estudos sobre o tema e da legislação pertinentes à temática.

O artigo está organizado em seis itens. Considera-se o primeiro item esta Introdução. No segundo abordam-se a mediação e a composição de conflitos dispostas na Lei 13.140/2015; no terceiro item estuda-se a mediação e os meios consensuais de tratar conflito, sob a ótica da Lei 13.105/2015 - Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), O quarto e o quinto itens apresentam a mediação nas ações de família e a mediação e os conflitos familiares. No último item estão as considerações finais sobre o tema.

2 | A MEDIAÇÃO E A COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS DISPOSTAS NA LEI DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS (LEI 13.140/2015)

A Lei 13.140/2015 dedica o Capítulo I à Mediação, o Capítulo II a composição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público e o Capítulo III para disposições finais. A referida lei divide o primeiro Capítulo em disposições gerais (seção I), disposição sobre os mediadores (seção II), procedimento de mediação

(seção III) e, por último, sobre confidencialidade e suas exceções (seção IV). O Art. 1º, parágrafo único apresenta um conceito de mediação, como a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. O Art. 2º dispõe que a mediação será orientada pelos seguintes princípios: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. O Art. 4º da referida Lei dispõe que o mediador (terceiro no conflito) será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes. Ele é o responsável por conduzir o procedimento da comunicação direta e respeitosa entre os mediados, buscando o entendimento e o consenso, no sentido de facilitar que o conflito seja resolvido de maneira adequada. No caso de mediados hipossuficientes, há a previsão de mediador gratuito. As mesmas hipóteses de impedimento e suspeição do juiz, se aplicam ao mediador, conforme Art.5º da Lei, o qual tem o dever de revelar às partes, à mesa da mediação, circunstâncias em relação a sua imparcialidade para mediar o conflito. Nesse caso, será recusado pelas mesmas.

Com o objetivo de não macular a imparcialidade do mediador e evitar a captação de clientes, assim como, o possível favorecimento de um dos lados, nos termos do Art. 6º da Lei em análise, o mediador ficará impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer um dos conflitantes que tenha se submetido à mediação, por ele conduzido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou. Atrelado ao dever de sigilo, confidencialidade e descrição, dispõe o art. 7º da Lei em estudo, que o mediador não poderá atuar como árbitro, nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflitos em que tenha trabalhado como mediador. Ressalta-se que o Art. 8º equipara o mediador ao servidor público, para efeitos de legislação penal, observando a necessidade de conduta séria e honesta, aplicando regras e punições para o caso de descumprimentos.

A mediação poderá ser judicial e extrajudicial, dependendo da qualidade do mediador que coordenará os trabalhos. A mediação judicial está prevista no Art. 11 da Lei, ao dispor que poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. Já a mediação extrajudicial está prevista no Art. 9º que prevê que poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz, que possua a confiança das partes, e que tenha a capacidade de fazer mediação, podendo ou não integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele

se inscrever. No caso da mediação extrajudicial, as partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, sendo sua presença de apoio e auxílio jurídicos, de atuação secundária ou coadjuvante, pois na mediação, quem fala é o conflitante. O advogado deve primar pela composição e diálogo. Quanto a remuneração dos mediadores, abordada no artigo 13, é atribuída aos tribunais o encargo de fixar a mesma e o custeio dos valores pelos mediados,

3 | OS MEIOS CONSENSUAIS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS PREVISTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (LEI 13.105/2015)

A Lei 13.105/2015, a partir do Art.165, abre a Seção V, “Dos conciliadores e dos mediadores judiciais”, inserida no Capítulo III, que trata “Dos auxiliares da justiça”. Importante ressaltar que o CPC tem diferentes dispositivos que tratam sobre o assunto. O Art. 3º, *caput*, do CPC determina: “Não se excluirá da apreciação judicial ameaça ou lesão a direito”. Os parágrafos do mencionado artigo, todos, referem a importância na utilização de meios complementares de tratamento dos conflitos. O §1º trata da arbitragem; o §2º determina que o Estado promova, sempre que possível, a solução consensual de conflitos; e o §3º impõe que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos devam ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do ministério público, inclusive no curso do processo judicial (SPENGLER, 2017, p.144).

O artigo 3º deixa claro que a proposta do novo CPC não é tornar obrigatória a mediação ou a conciliação, mas estimulá-la. E tal incentivo deve ser tarefa de todos os operadores do Direito, mesmo quando já ajuizada a ação. Ou seja, tem-se por importante a busca pela solução composta, sem torná-la obrigatória. Essa busca ocorre porque os problemas existem, as diferenças de opinião e as necessidades de cada parte são reais, e o processo tem que ser bem administrado para que não se transforme em competição. O que se pode implementar é uma outra forma de solucionar esses conflitos. Em vez de se utilizar a pressão e o poder, utiliza-se a criatividade como ferramenta, a flexibilidade como atitude e a comunicação sincera e genuína para se chegar ao melhor acordo (SPENGLER, 2017, p.144). Em síntese, o papel dos operadores do direito ao incentivar a mediação/conciliação enquanto processo cooperativo de tratamento de conflitos, se dá especialmente no encorajamento de uma maior divisão do trabalho e especialização de papéis; isso permite um uso mais econômico de pessoal e recursos que, por sua vez, conduzem uma maior produtividade das tarefas.

O desenvolvimento de atitudes mais favoráveis de um em relação ao outro nas situações cooperativas fomenta mais confiança mútua e abertura de comunicação, bem como providencia uma base mais estável para uma cooperação contínua, a

despeito do crescimento ou da míngua de determinados objetivos. Isso também encoraja uma percepção de similaridade de atitudes. (DEUTSCH, 2004, p.45).

Transferindo tais assertivas para a mediação/conciliação proposta no novo CPC, ter-se-ia a busca de um acordo, partindo do esforço mútuo entre as partes, o mediador/conciliador, o advogado, os serventuários e o magistrado. Cada um realiza sua função, utilizando técnicas que fomentem a possibilidade e comunicação, determinando um ganho de tempo e a redução de gastos, mas, principalmente, o respeito às partes envolvidas no processo e a cooperação contínua das mesmas até a implementação do consenso e o cumprimento do avençado (SPENGLER, 2017, p.145).

Na medida em que participantes na situação cooperativa são mais facilmente influenciáveis do que os da situação competitiva, os primeiros são geralmente mais atenciosos uns com os outros. Isso reduz dificuldades de comunicação e estimula o uso de técnicas de persuasão em vez de coerção quando há diferenças de ponto de vista (DEUTSCH, 2004, p.45). Assim, as partes alcançariam uma decisão consensuada (acordo), e não imposta/coercitiva (sentença). O desfecho da mediação/conciliação seria uma negociação permeada pelo empoderamento e pela responsabilização de todos no momento de encontrar opções e fazer escolhas quando ao conflito desembocando numa decisão autônoma e mutuamente construída (SPENGLER, 2017, p.145).

Outro dispositivo do CPC que tem relação com a temática é o Art. 139 que faz constar como incumbência do juiz: promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”. Neste sentido, conciliadores e mediadores, passam a ser elementos fundamentais e preferenciais para a tarefa de tratar o conflito de forma autocompositiva (SPENGLER, 2017, p.143-144).

A atividade dos conciliadores e mediadores judiciais, de acordo com o CPC/2015, nos termos do Art. 165, é regrada a partir da definição das incumbências de cada tribunal. Assim, por lei de organização judiciária, cada tribunal deve propor que se crie um setor de conciliação e mediação, devendo observar as normas do Conselho Nacional de justiça, dispostas na Resolução 125 DE 2010 do CNJ, a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, não havendo prazo estabelecido para sua realização.

Segundo a opinião de Souza (2013, p. 255),

[...] a luz do princípio do acesso à justiça, do princípio da razoabilidade na duração do processo, do princípio da eficiência e dos princípios democráticos, a criação de tais programas deve ser obrigatória. O papel desenvolvido pelo mediador é de aproximar as partes, estimulando o diálogo, assim como, também, criar propostas de composição do conflito, não sendo permitido, a ele, sugerir propostas no sentido de dar orientações aos conflitantes ou de dar conselhos quanto às condutas, não

podendo também, impor acordos ou decisões, os quais deverão ser construídos ou aceitos pelos envolvidos no conflito.

Dispõe o § 3º do Art. 165 que o mediador auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. O Art. 166 do CPC/2015 apresenta que a mediação é informada pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Segundo Sales (2003, p.92), “a independência indica a capacidade de agir, livre de toda e qualquer influência”. O mediador deve ser imparcial, isso é, não se posicionar a favor de uma ou outra parte, dando ênfase ao diálogo e proporcionando que cada um faça suas escolhas. O poder de decisão das partes diz respeito à autonomia da vontade, não levando, o mediador, a imposição de resultados, mas conduzir o ato de maneira que as partes encontrem o caminho ideal para resolver o conflito, por meio do diálogo, competindo a elas, a opção pelo melhor para si mesmas. Também, cabe às partes o interesse e o direito de concordar e querer participar ou não da mediação, não podendo, o procedimento, ser imposto a elas. O tratamento da causa deve ser de forma oral, incluindo a utilização da forma escrita, daí o princípio informativo da oralidade, dando às partes a oportunidade de discutir os problemas em que estão envolvidos, com o objetivo de encontrar a solução ideal para os mesmos.

No Art. 160 do CPC tem-se o princípio da informalidade, importando na flexibilidade nos atos da mediação para atingir a celeridade, contribuindo, o mediador, com uma postura mais informal à sessão, obtida com o nível de relacionamento que o mesmo conseguir com as pessoas que estão envolvidas no conflito. Importante, ainda, que o mediador não possua relações de amizade, parentesco, etc., com os medianos, pois suas decisões não podem influenciar as decisões dos conflitantes com base nos seus costumes e valores. O mediador deve deixar bem claro aos conflitantes o funcionamento da sessão, deixando a eles a decisão de participar ou não, de propor acordos ou ficar calado, assim como também, de aceitá-los ou recusá-los. (SALES, 2003).

Todas as informações obtidas ao longo do procedimento da mediação devem ser mantidas em confidencialidade. O § 2º dispõe que em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. O princípio da confidencialidade permite que os conflitantes externem aspectos e detalhes do conflito, conseguindo demonstrar seus

interesses e sentimentos, não tendo eles, receio de que, o que foi dito na sessão, poderá ser usado como prova em um processo judicial futuro, caso esse venha a acontecer, construindo uma relação de confiança entre conflitantes e mediador, não podendo, o mediador, nem mesmo sua equipe, divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da mediação. (SALES, 2003).

Na mediação, admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição (§ 3º do Art. 166). Assim, o objetivo é compor, e dessa forma, podem ser usadas, para que se faça um ambiente propício ao diálogo, todas as técnicas e ferramentas lícitas possíveis. Também, a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais (§ 4º do Art. 166). Nos termos do Art. 167, os mediadores e as câmaras privadas de mediação deverão ser inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, o qual manterá o registro dos profissionais habilitados, assim como a indicação de sua área profissional, devendo, os mediadores, preencher os requisitos de capacitação mínima, frequentando curso oferecido por entidade credenciada, nos termos do parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. Dispõe ainda o Art. 168, que as partes podem escolher, de comum acordo, o mediador ou a câmara privada de conciliação.

O Art. 169 determina que o mediador receberá pelo seu trabalho, remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. No caso de impedimento, conforme Art. 170, o mediador deverá comunicar e devolver os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do Centro Judiciário de solução de conflitos, onde será realizada nova distribuição.

O mediador fica também impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer uma das partes pelo prazo de um ano contado do término da última audiência em que atuaram. O mediador será excluído caso agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade, ou se impedido ou suspeito, atuar no procedimento. (SALES, 2003). A partir das disposições legais têm-se mecanismos complementares de tratamento de conflitos, especialmente na mediação, permitindo a redução de demandas e tornando mais eficientes os processos de pacificação social.

4 | A MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DAS AÇÕES DE FAMÍLIA

A mediação familiar poderá ser uma alternativa mais vantajosa, mais próxima e menos dolorosa de tratamento desses conflitos, justamente porque é um procedimento interdisciplinar que pretende conferir aos seus envolvidos autonomia e responsabilização por suas próprias decisões, convidando-as à reflexão e ampliando

escolhas e alternativas, sendo de duas horas o tempo utilizado para a realização de uma sessão de mediação (SPENGLER, 2017, p.162).

É não adversarial, pois pretende desconstruir impasses que impedem a comunicação, transformando um contexto de confronto em contexto colaborativo. É um procedimento confidencial e voluntário no qual o mediador, terceiro imparcial, facilita e promove a comunicação entre os conflitantes. Conseqüentemente, o acordo pode ser um dos desfechos possíveis, mas ainda que ele não ocorra, se o diálogo amistoso foi restabelecido, a mediação poderá ser considerada exitosa (SPENGLER, 2017, p.162). Nesse mesmo sentido, observa-se que a mediação familiar é um procedimento “imperfeito que emprega uma terceira pessoa imperfeita para ajudar pessoas imperfeitas a concluir um acordo imperfeito em um mundo imperfeito” (MARLOW, 1991, p.31).

Especialmente no âmbito familista a mediação é o processo que, através do uso de técnicas de facilitação por um terceiro interventor numa disputa, estabelece o contexto do conflito existente, identifica necessidades e interesses, mediante recursos advindos da psicologia e da assistência social, produzindo decisões consensuais, posteriormente traduzidas em um acordo levado ou não à homologação (SPENGLER, 2017, p.163). Justamente porque utiliza os conhecimentos e os serviços de áreas próximas, porém diferentes (direito, psicologia, serviço social) a mediação familista é considerada uma prática transdisciplinar que se utiliza no trabalho de um mediador e de um ou mais comediadores que formam uma equipe multidisciplinar com várias competências que se complementam entre si, oferecendo às partes uma assistência integral. O papel da transdisciplinariedade é justamente construir um conhecimento em rede que permita a integração de diferentes paradigmas para atender necessidades diversas (MUSZKAT; OLIVEIRA, UNBEHAUM; MUSZKAT, 2008, p.48-49).

Por conseguinte, enquanto instrumento de difusão e aprimoramento da prática e do pensamento interdisciplinar, a mediação empresta ao fenômeno jurídico – e aqui leia-se direito familista – a necessária visão de complexidade inerente ao ser humano. Tal se dá porque a mediação inter/transdisciplinar apela ao ser profissional da área de ciências humanas, requerendo o exercício da empatia contribuindo para a formação e prática de um novo paradigma que vá além da cultura do litígio (GROENINGA, 2007, p. 152-170).

O CPC/2015 criou normas gerais para o trato das ações de família, dispostas nos Arts693 a 699. Uma dessas regras diz respeito a utilização da mediação para lidar com os conflitos familista (SPENGLER, 2017, p.162). Objetivando fomentar a mediação e tornando o processo familista mais humano, o art. 694 informa da importância da busca pela autocomposição. Traz a possibilidade de suspensão do processo, por requerimento das partes pelo tempo necessário a utilização dos

meios autocompositivos, mesmo extrajudiciais. Nessa linha, ainda, o art.696 traz a possibilidade de realização de “tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual”. Ou seja, a limitação dos dois meses tratada no §2º do art. 334 não é aplicada (SPENGLER, 2017, p.163).

Como ressalta Medina, (2016, p.869), nestes tipos de ações não se estará diante do exercício de opção pelas partes, quando a designação da audiência, mas sim de um espaço onde se tem “primazia absoluta à solução consensual dos conflitos”. Assim, prossegue o autor, “dificilmente deixará de ser realizada a audiência de conciliação ou de mediação”.

Outra novidade legislativa é a citação do réu sem que ao mandado respectivo esteja apenas a petição inicial. Buscando a redução do nível de conflito, o art. 695 de CPC determina que o ato citatório seja realizado sem a cópia da petição inicial o acompanhe. Pretende que a audiência de mediação e conciliação seja realizada sem que ele, o réu, tenha sido atingido pelos termos de uma petição inicial, por vezes repletas de emoção desmedida. Entretanto, e resguardando o necessário direito à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV, da Carta Constitucional), poderá ele, o réu, “*examinar seu conteúdo a qualquer tempo*” (§1º) (SPENGLER, 2017, p.163-164).

Nesse sentido, ao se referir a regra do art. 695, §1º, (citação sem cópia da petição inicial) Fernanda Tartuce (2016, p.337) se manifesta:

A regra, porém, desafia a Constituição Federal: ao permitir que apenas uma das partes tenha ciência do que foi apresentado ao juiz, ela promove um desequilíbrio anti-isonômico no processo; se uma das partes apresentou sua versão em juízo, é decorrência do contraditório que haja sua certificação.

Além disso, o parágrafo em comento, atinge um dos princípios básicos da mediação que diz respeito a decisão informada que determina a necessidade dos partícipes da mediação de estar informados a respeito do contexto no qual estão inseridos e do processo que contra eles é movido (SPENGLER, 2017, p.164). Está-se diante da conjugação de dois institutos inseparáveis, na moderna visão processual: ações de família e autocomposição.

5 | A MEDIAÇÃO E OS CONFLITOS FAMILIARES

A família nos últimos anos, vivenciou inúmeras transformações. O conceito tradicional de família restrito ao núcleo formado por pai, mãe e filhos já não mais se sustenta diante das mudanças ocorridas no seio familiar e na sociedade como um todo (SALES, 2010, p.79). Vários novos enlaces familiares foram estabelecidos, exigindo o reconhecimento e o respeito social. Mães ou pais solteiros, uniões estáveis, produções independentes, uniões entre casais do mesmo sexo, pessoas

casadas, mas que não dividem o mesmo lar, indivíduos vivenciando o segundo matrimônio com filhos de uniões anteriores, enfim, inúmeras são as novas situações existentes que também podem configurar uma família (SALES, 2010, p. 79).

De acordo com pesquisas, 47% dos domicílios se organizam de maneira que pelo menos um dos pais está ausente. Nos últimos anos, o número de famílias, das mais variadas espécies, teve um crescimento maior do que a população como um todo, embora o número de divórcios tenha triplicado e a quantidade de casamentos civis tenha diminuído em 12%. Ainda, houve um crescimento no número de famílias multirraciais e na qualidade de mulheres responsáveis pelo domicílio (SALES, 2010, p.79).

Nos últimos 10 anos, houve um crescimento da proporção de pessoas que vivem sozinhas, dos casais sem filhos, das mulheres sem cônjuges e com filhos na chefia das famílias e, também, uma redução da proporção dos casais com filhos (SALES, 2010, p.80). As famílias do tipo monoparental feminino destacam-se nas áreas metropolitanas, onde os aspectos culturais propiciam maior liberdade de comportamento (SALES, 2010, p.80). Observa-se que são elevados os percentuais de arranjos com chefia feminina onde há presença de cônjuge. Em geral, a representação da pessoa de referência recai sobre os homens. Duas principais hipóteses podem ser formuladas com vistas a explicar o aumento continuado desse tipo de arranjo no momento atual: um aumento de poder por parte das mulheres em suas famílias ou o desemprego dos homens (SALES, 2010, p.80).

Todas essas transformações geram novos e complexos conflitos entre os casais, pais e filhos, madrastas, padrastos, enteados, enfim, entre os membros dessas novas famílias nos moldes que hoje se apresentam. São conflitos que exigem muito cuidado, visto que envolvem relação de sentimentos, laços consanguíneos e afetivos que, apesar do momento de conflito, perduram. São relações que, por envolverem sentimentos de amor, ódio, raiva ou afeto, por envolverem filhos e todas as responsabilidades morais advindas da existência de filhos, continuam no tempo – relações continuadas. (SALES, 2010, p.80).

Dessa maneira, diante das novas e complexas relações familiares das quais derivam controvérsias inéditas e que requerem, dadas as suas peculiaridades, meios de solução adequados que permitam a sua manutenção após os conflitos, passou-se a questionar quais seriam as melhores técnicas de administração de problemas dessa natureza (SALES, 2010, p 80).

O conflito pode ser entendido como luta, briga, transtorno e dor, levando o ser humano a repudiar esse momento que pode também ser compreendido como algo natural, próprio da natureza humana, e necessário para o aprimoramento das relações individuais e coletivas. Nesse caso o conflito passa a ser algo de um teor positivo, momentâneo, de construção (SALES, 2010, p.81). O meio adequado

para a solução de conflitos familiares deve passar, inicialmente, pela compreensão positiva dos problemas, visto que, nesses casos, é necessária a manutenção dos vínculos (SALES, 2010, p.81). Registre-se que não só as questões familiares, mas em qualquer situação, os conflitos devem ser compreendidos como temporários e naturais, já que o ser humano necessita do contraditório, da contraposição, para haver progresso (SALES, 2010, p.81).

Especialmente sobre a mediação familiar, para uma melhor compreensão sobre o relacionamento conjugal, existem fases de desconstrução da família: I-desilusão de uma das partes; II - a manifestação da insatisfação; III - a decisão de se divorciar; IV - agindo na decisão; V - aceitação crescente (GRUNSPUN, 2000, p. 73-76). Assim, na mediação de conflitos familiares, resultantes de casos de separação e divórcios, deve o mediador estar atento aos vários momentos da comunicação entre o casal. As pessoas devem verbalizar o sofrimento desde o início- desde o reconhecimento da desilusão (das causas dessa insatisfação) (SALES, 2010, p.81). Durante a relação que culmina com o pedido de divórcio, o casal troca ameaças de separação e de divórcio, demonstrando sua insatisfação. Percebe-se, geralmente, a existência de ressentimentos que foram acumulados ao longo da convivência, não dialogados adequadamente (SALES, 2010, p.81). O casal, uma vez que ambos estejam decididos a tornar concreta a separação, vivencia uma nova realidade, permeada por tensão e angústia, fruto da insegurança do porvir. Em um primeiro instante, é comum que um dos cônjuges ou ambos, enfrentem um momento de negação, recusando-se a aceitar a separação, afirmando que se trata apenas de uma situação passageira (SALES, 2010, p.81-82).

O pedido formal em juízo da separação concretiza, transforma em realidade aquele momento, tornando pública a decisão do casal, que normalmente culmina com o afastamento de um dos cônjuges do lar (SALES, 2010, p.82). As pessoas, em alguns casos, sentem-se culpadas pelo término do relacionamento e até mesmo envergonhadas diante da situação. A sensação de fracasso é comum. Outras pessoas apresentam ressentimentos, refletindo em atitudes prejudiciais em relação ao cônjuge e até a si mesmas (SALES, 2010, p.82). Em alguns casos, um dos cônjuges ou ambos tentam pela última vez uma reconciliação. Os parceiros iniciam jogos de sedução que envolvem promessas de mudanças cujo objetivo é a reconquista (SALES, 2010, p.82).

Quando a separação se torna irreversível, algumas pessoas ficam depressivas, isolando-se do mundo exterior; não querem manter qualquer contato com o ex-cônjuge, ou com a família do mesmo. Em muitos casos, a relação com os filhos é sacrificada, e o casal (ou um dos cônjuges) faz das crianças instrumento de barganha (SALES, 2010, p.82). Até a aceitação pacífica da separação, ambas as pessoas vivenciam essas sensações em momentos distintos, ou seja, às vezes, enquanto um

ainda está enfrentando uma depressão por causa do término da relação, o outro já busca reconstruir a vida. A discussão cuidadosa e profunda na mediação familiar é fundamental para a adequada solução dos conflitos e para a continuidade pacífica das relações (SALES, 2010, p.82).

Para a solução de conflitos familiares, faz-se necessária a possibilidade de diálogo e de escuta - tempo para escutar e tempo para falar. É imprescindível o respeito mútuo, o que muitas vezes, teoricamente, seria impraticável, tendo em vista, em alguns casos, a existência de mágoas profundas e amores mal resolvidos, traições, etc. (SALES, 2010, p.82). Torna-se importante o estímulo à solidariedade, à compreensão, à paciência de cada uma das partes no sentido de um ganho mútuo, de uma vitória conjunta, com a clara percepção dos interesses em comum, e não somente diferenças (SALES, 2010, p.82 - 83).

Diante disso, fica claro que, para a solução dos conflitos familiares, a mediação é o meio mais adequado. A mediação de conflitos representa um meio consensual de solução de controvérsias, no qual as partes envolvidas, com o auxílio do mediador – terceiro imparcial escolhido ou aceito pelas partes para facilitar o diálogo- compartilham a responsabilidade pela decisão a que chegarem. A mediação explora o sentido positivo do conflito, buscando a compreensão exata do problema, evitando sua superdimensão (SALES, 2010, p.83).

O processo de mediação é extrajudicial e incentiva as pessoas envolvidas a participar da discussão de seus problemas, a dialogar de forma pacífica, de maneira a facilitar a comunicação. Busca afastar o sentimento adversarial e atos irracionais. Incentiva a compreensão mútua e a compreensão do sentido ganha-ganha e não mais do perdedor-vencedor tão comum em disputas. A mediação auxilia os indivíduos a encontrar nas diferenças os interesses comuns, entendendo o conflito como algo necessário para o reconhecimento das diferenças e para o encontro de novos caminhos que viabilizem uma boa administração das controvérsias (SALES, 2010, p.83).

O mediador, por sua vez, como anteriormente explicado, é o terceiro imparcial que conduzirá o processo de mediação, facilitando o diálogo pacífico entre as partes, permitindo a busca consciente e honesta da solução do problema. O mediador não decide, mas interfere diretamente no mérito da questão, cabendo-lhe apenas questionar as partes, de maneira hábil e inteligente, no intuito de alcançar a comunicação efetiva entre elas. Essa condução permite que os litigantes participem abertamente da discussão, de forma a reconhecer os seus erros e acertos, por elas mesmas – numa tentativa de encontrar a solução de dentro para fora (a vontade interna expressa em palavras) (SALES, 2010, p.83). O mediador deve ser capacitado para a prática da mediação. A sua capacitação envolve o estudo teórico e prático, de forma a deixá-lo ciente do seu papel de facilitador da comunicação; jamais de

um juiz ou árbitro. O que caracteriza o mediador é a postura participativa / não interventiva. Participativa, porquanto assiste ou conduz a mediação, de forma a garantir que as pessoas dialoguem, discutam seus conflitos reais e encontrem a solução conscientemente. Não interventiva, pois não possui a intenção de intervir no mérito das questões, afirmando o que é certo ou errado, justo ou injusto, mas questionando o que as partes em litígio entendem ser certo ou errado, justo ou injusto. A postura não interventiva permite que as pessoas se sintam à vontade para expressar seus sentimentos e encontrar por elas mesmas a melhor solução. Quando há essa administração discutida honestamente, o relacionamento é preservado após o conflito ser sanado. O mediador, diante dessas exigências, deve cercar-se de formação adequada e de técnicas apropriadas para esse desiderato (SALES, 2010, p.84).

No Brasil, o uso de mediação na solução de conflitos familiares é crescente. O número de questões familiares como objeto de processos de mediação é bastante significativo. O autor diz que o serviço de mediação familiar se propõe, de forma mais acessível e menos traumática, o atendimento de conflitos familiares referentes à separação, ao divórcio, à guarda de filhos, à regulamentação de visitas e a outros aspectos (SALES, 2010, p.84).

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou demonstrar que a mediação familiar é um instrumento de pacificação de conflitos, no qual o mediador, terceiro, imparcial, sem poder decisório, atua como facilitador da comunicação entre as partes envolvidas, objetivando que as mesmas encontrem uma solução consensual, propiciando que elas voltem sua atenção para os verdadeiros interesses envolvidos, transformando um contexto adversarial em colaborativo.

Para tanto, foi necessário a análise da mediação a luz da doutrina e do Novo Código de Processo Civil / 2015, comprovando a efetividade da mediação como método de acesso à Justiça e instrumento adequado ao tratamento de conflitos no contexto das demandas familiares. Estampou-se doutrina consagrada sobre o tema da mediação e a composição de conflitos dispostas na Lei 13.140/2015, na Lei 13.105/2015 que dispõe sobre o Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), a qual institui meios consensuais de tratar conflitos e, principalmente, a mediação nas ações de família, assim como a mediação e os conflitos familiares.

À guisa de conclusão, é extremamente essencial destacar que há pontos de intimidade entre a Lei da Mediação e o Código de Processo Civil, mesmo sendo àquele voltado a mediação judicial, e este à extrajudicial, pois ambos passeiam em alguns detalhes, pelas duas ferramentas pois o diploma processual é expresso em

determinar a aplicação do quanto nele previsto à mediação extrajudicial (art. 175, parágrafo único do CPC/2015), e por sua vez, a Lei 13.140/2015 traz disposições comuns e também exclusivas da mediação judicial e extrajudicial.

Conclui-se por derradeiro que a mediação é um processo confidencial e voluntário onde a responsabilidade das decisões cabe às partes envolvidas, constituindo-se em uma alternativa ao litígio e também um meio para o resolver. Assim, passa a ser incumbência do juiz promover, a qualquer tempo a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de mediadores, sendo esses, elementos fundamentais e preferenciais para a tarefa de tratar o conflito das demandas familiares, de forma autocompositiva.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BUITONI, Ademir. Mediar e conciliar: as diferenças básicas. **Jus Navigandi**, nº. 2707, p. 15, ano XV, Teresina, 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17963>. Acesso em: 01 ago. 2019.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação**: Conciliação: Tribunal Multiportas. 7.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CONIMA. **Código de Ética para Mediadores do Conima**. Disponível em www.conima.org.br. Acesso em: 01 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 125 de 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 15 ago. 2019.

DEUTSCH, Morton. **A resolução do conflito**: processos construtivos e destrutivos. In AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, negociação e mediação. v.3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

GRUNSPUN, Haim. **Mediação Familiar** – o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr, 2000.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de Filhos**: os conflitos no poder familiar. São Paulo: Atlas. 2008. p.122.

MARLOW, Leonard. **Mediación familiar** – uma prática em busca de uma teoria – una nueva visión del derecho. Barcelona: Granica, 1991.

MEDINA, José M. G. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MUSZKAT, Malvina E.; OLIVEIRA, Maria Coleta; UNBEHAUM, Sandra; MUSZKAT, Susana. **Mediação transdisciplinar**: Uma metodologia de trabalho em situações de conflitos de gêneros. São Paulo: Summus, 2008.

QUEVEDO, Thais Pacheco. **Mediação como método adequado se solução de conflitos e instrumento de acesso à justiça**. Monografia do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Porto Alegre, 2018.

SALES, Lígia Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare**: um guia prático para mediadores. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática de mediação de conflito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p.90.

SOUZA, Luciane Maessa de. **Mediação de conflitos e o novo Código de Processo Civil**. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antônio. Acesso à Justiça, direitos humanos e mediação. Curitiba: Multideias, 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos**: da teoria à prática. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos civis**. São Paulo: Método, 2016.

NEOCONSTITUCIONALISMO E O FORTALECIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Data de aceite: 27/02/2020

Geilsa kátia Sant'ana

Mestranda em Direito pela Faculdade Nove de Julho; São Paulo – SP; <http://lattes.cnpq.br/4836961634848046>

RESUMO: A Sociedade Contemporânea já não possui as mesmas necessidades da Sociedade do século XVIII e XVIV. Ao longo do tempo, surgiu a necessidade de se garantir inúmeras dimensões de direitos, outrora inimagináveis. As atribuições do Estado foram significativamente alargadas. Entretanto, em que pese as alterações mencionadas, a Sociedade contemporânea continua convivendo com modelos de instituições políticas ultrapassados. O conceito de democracia, já não se identifica integralmente com o critério tradicionalmente majoritário, antes vem sendo associado, gradativamente, à ideia de proteção aos direitos fundamentais, inclusive contramajoritariamente, se necessário. Este artigo propõe um novo olhar sobre conceitos tradicionalmente estabelecidos, enfocando o neoconstitucionalismo, neste cenário, como elemento indispensável à efetivação do Estado Democrático de Direito, na medida em que assegura a observância aos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados como expressão de um projeto

político comum. Propõe-se através de uma abordagem empírica, analisar o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, por meio das práticas neoconstitucionalistas adotadas por parte do Poder Judiciário, instigando a reflexão sobre as limitações do “Estado de Direito” e a intrínseca relação entre Estado DEMOCRÁTICO de Direito e o respeito aos direitos fundamentais e sua concreção.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais.

NEOCONSTITUTIONALISM AND THE STRENGTHENING OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

ABSTRACT: Contemporary society no longer has the same needs as eighteenth- and fifteenth-century society. Over time, the need has arisen to secure countless dimensions of rights, once unimaginable. State responsibilities have been significantly extended. However, despite the changes mentioned, contemporary society continues to live with models of outdated political institutions. The concept of democracy no longer fully identifies with the traditionally majority criterion, but has been gradually associated with the idea of protection of fundamental rights, including counter-legitimately, if necessary. This article proposes

a new look at traditionally established concepts, focusing on neoconstitutionalism, in this scenario, as an indispensable element for the realization of the Democratic Rule of Law, insofar as it ensures the observance of fundamental rights, constitutionally guaranteed as an expression of a common political project. It is proposed, through an empirical approach, to analyze the strengthening of the Democratic Rule of Law, through the neoconstitutionalist practices adopted by the Judiciary, provoking the reflection on the limitations of the “Rule of Law” and the intrinsic relationship between the DEMOCRATIC State of Law and respect for fundamental rights.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism. Democratic state. Fundamental rights.

1 | INTRODUÇÃO

Há consistentes críticas ao movimento neoconstitucionalista, quanto à possibilidade de sua adoção generalizada, culminar no fim do próprio Estado de Direito, na medida em que, as normas jurídicas, protagonistas num Estado de Direito, que deveriam restringir a discricionariedade dos agentes públicos e trazer previsibilidade e certeza para a vida dos cidadãos, estariam ameaçadas pela suposta libertação dos juristas das amarras legais, conforme supostamente, autorizaria o movimento Neoconstitucionalista.

Em que pese, a consistência das críticas, este artigo pretende demonstrar que o Estado de Direito não pode ser resumido ao conceito de Estado de legalidade. A República Federativa do Brasil se constitui num Estado DEMOCRÁTICO de Direito, o que amplia significativamente aquele conceito e as concepções políticas que o informam.

O termo democracia é objeto de constante evolução e vem sendo gradativamente associado à ideia de respeito aos direitos fundamentais. Portanto, Democracia já não se resume ao critério majoritário, o que legitimaria a atuação do Poder Judiciário, não apenas na observância irrestrita de leis, mas também na proteção e concreção dos direitos fundamentais, mesmo que contramajoritariamente, se necessário à defesa daqueles direitos, eleitos como essenciais por determinada Sociedade e, assegurados em sua Carta Magna.

Do Estado, já não se exige apenas abstenção, em respeito aos direitos e garantias individuais, como no século XIX, mas a implementação de políticas públicas que garantam a prestação de inúmeros serviços públicos de qualidade, em observância a tantas outras dimensões de direitos, surgidas com a evolução histórica. O rol de direitos fundamentais, precisa deixar de ser mera utopia política para se tornar realidade vivida e experimentada.

É nesse contexto, em que se desponta o movimento neoconstitucionalista, propondo postura mais ativa do Poder Judiciário no cenário institucional e político

brasileiro, buscando extrair do texto constitucional, sua máxima potencialidade, à fim de garantir a efetivação dos direitos escolhidos como essenciais por nossa Sociedade.

O texto se propõe, através de uma abordagem empírica, analisar o movimento neoconstitucionalista como elemento de fortalecimento do Estado Democrático de Direito, bem como, os fatores históricos e contemporâneos que colaboram para este fenômeno.

2 | ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Segundo Reis Friede¹, o Estado de Direito, mais do que um conceito jurídico, é um conceito político que desponta no final do século XVIII, início do século XIX. Fruto dos movimentos burgueses revolucionários, que àquele momento se opunham ao absolutismo, ao Estado de Polícia. Surge como ideia de um movimento que tinha por objetivo subjugar os governantes à vontade legal, porém, não de qualquer lei. Os movimentos burgueses romperam com a estrutura feudal que dominava o continente europeu; assim os novos governos deveriam submeter-se também às novas leis, originadas de um processo onde a vontade da classe emergente estivesse consignada. Mas o fato de o Estado passar a se submeter à lei não era suficiente.

Era necessário dar-lhe outra dimensão. Assim, passa o Estado a ter suas tarefas limitadas basicamente à manutenção da ordem, à proteção da liberdade e da propriedade individual. É a ideia de um Estado mínimo que de forma alguma interviesse na vida dos indivíduos, a não ser para o cumprimento de suas funções básicas; fora isso deveriam vigor as regras do mercado, assim como a livre contratação.

Este Estado Mínimo também foi muito criticado, na medida em que permitia quase que um absolutismo do contrato, da propriedade privada, da livre empresa. Era necessário redimensionar este Estado, atribuindo-lhe outras finalidades; não que se devesse desconsiderar aqueles alcançados, afinal eles significaram o fim o arbítrio, mas cumprir outras tarefas, principalmente sociais, parecia imprescindível.

Ainda segundo Reis Friede, inicia-se, então, um processo de democratização do Estado; os movimentos políticos do final do século XIX, início do XX, transformam o velho Estado de Direito num Estado Democrático, onde não apenas deveria estar submisso à lei, mas também à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos. A democracia, pelo contrário, é algo dinâmico, em constante aperfeiçoamento, sendo válido dizer que nunca foi plenamente alcançada. Diferentemente do Estado de Direito - que, no dizer de Otto Mayer, é o Direito Administrativo bem ordenado

1 Democracia e Estado de direito (disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70045/democracia-e-estado-de-direito>).

- no Estado Democrático devem ser levados em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, o que não ocorre de forma tão explícita no Estado de Direito, que se resume em submeter-se às leis, sejam elas quais forem².

3 | DEMOCRACIA

Paulo Bonavides em sua obra “Ciência Política” conceitua e explica a democracia da seguinte forma³:

Pareto, ao pedir a significação exata do termo “democracia”, acaba por reconhecer que é ainda mais indeterminada que o termo completamente indeterminado religião enquanto Bryce, dando-lhe a mais larga e indecisa amplitude, chega a defini-lo, de modo um tanto vago, como a forma de governo na qual o povo impõe sua vontade de todas as questões importantes (...)

Variam pois de maneira considerável as posições doutrinárias acerca do que legitimamente se há de entender por democracia. Afigura-se-nos porém que substancial parte dessas dúvidas se dissipariam, se atentássemos na profunda e genial definição lincolniana de democracia: governo do povo, **para** o povo e pelo povo; governo que jamais perecerá sobre a face da Terra. (grifo nosso)

Como bem advertido, Democracia é um dos termos mais difíceis de ser conceituado e precisa ser revista e readaptada às necessidades desta Sociedade Contemporânea.

O conceito de Democracia não deve ser associado apenas ao tradicional critério majoritário. Por esse critério, o fascismo na Itália ou o nazismo na Alemanha poderiam ser vistos como governos democráticos, em razão do momento em que se investiram no poder. Entretanto, além do momento da investidura, o poder deve se legitimar, por suas ações e pelos fins visados.

A democracia, na definição lincolniana, não é apenas o governo do povo, mas, sobretudo PARA o povo. De modo que, não basta que o governo tenha sido legitimamente investido no poder pelo voto popular da maioria. Para que seja considerado um governo democrático, se faz necessário que suas ações, suas metas e projetos sejam voltados para o povo, para o bem comum!

A Constituição Federal é o instrumento em que se concentram as metas e os direitos fundamentais, eleitos por determinada Sociedade para que sejam preservados e priorizados pelo Estado, como projeto comum. Portanto, qualquer governo, ainda que investido no poder de forma democrática, eleito pelo voto popular majoritário, só se manterá legítimo e democrático, se suas ações, metas e projetos refletirem e respeitarem os direitos e valores, escolhidos por aquela comunidade e expressos em sua Constituição Federal.

Desta forma, podemos concluir que a ideia de democracia está inteiramente

2 Celso R. Bastos, in Curso de Direito Constitucional, 18a ed., Saraiva, SP, 1997, ps. 156/157

3 BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 267.

associada à ideia de respeito aos direitos fundamentais, constitucionalizados por determinada Sociedade.

De modo que as Cortes Constitucionais, ao exercerem o controle de constitucionalidade, estão legitimadas a atuarem, ainda que contramajoritariamente, para preservarem os ditames constitucionais, sobretudo o respeito àqueles direitos escolhidos como FUNDAMENTAIS, pela Sociedade, através de sua Assembleia Constituinte, porque fruto de um projeto que é coletivo, em meio a uma Sociedade plural.

A atuação contramajoritária⁴ é um dos temas mais discutidos na teoria constitucional, que há muitos anos analisa a legitimidade da invalidação de atos do Legislativo e do Executivo por órgão jurisdicional. O Judiciário poderia invalidar atos do Congresso Nacional e do Presidente da República, eleitos pelo povo brasileiro. Vale dizer: onze Ministros do STF (na verdade seis, pois basta a maioria absoluta), que jamais receberam um voto popular, poderiam sobrepor a sua interpretação do texto Constitucional à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática, gerando uma aparente incongruência, no âmbito de um Estado democrático.

Entretanto, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade é quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional assenta-se em dois principais fundamentos: a proteção das regras do jogo democrático⁵ e a proteção aos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais correspondem à uma reserva mínima de justiça, que não podem ser atropelados, nem mesmo por deliberação política majoritária⁶. De modo que, a proteção aos direitos fundamentais legitimaria a atuação da Corte Constitucional, inclusive contra decisões políticas majoritárias.

A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da “tirania das maiorias”⁷. Há certo consenso, atualmente, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais.

Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, como as minorias em geral, não estão desamparados. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos

4 A expressão se tornou clássica a partir da obra de Alexander Bickel. Cf. BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of Politics*.

5 Para esta visão processualista do papel da jurisdição constitucional, v. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

6 A equiparação entre direitos humanos e reserva mínima de justiça é feita por Robert Alexy em diversos de seus trabalhos. V., e.g., ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez

7 A expressão foi utilizada por John Stuart Mill, em *On Liberty*

da comunidade política.⁸

Essas são as regras do jogo democrático. A maior parte das Democracias mundiais conserva uma parcela do poder político para ser exercida por agentes públicos que não são selecionados pela via eleitoral, e cuja atuação é, predominantemente técnica e imparcial. Embora, já não subsista no mundo contemporâneo a crença na ideia de neutralidade absoluta do intérprete e de que Direito não é política.

Nesse sentido, o Ministro Luiz Roberto Barroso⁹ explica a ideia de neoconstitucionalismo intrinsecamente relacionada à ideia de Democracia:

A Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela! pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. (...) De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável.

A ideia de democracia está, portanto, intimamente ligada à ideia de proteção dos valores e direitos fundamentais, ainda que contra a vontade da maioria.

4 | NEOCONSTITUCIONALISMO COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A partir de 1988 foram constitucionalizados um largo rol de direitos fundamentais e de instrumentos processuais para garantir a proteção destes direitos. Além dos tradicionais direitos individuais, assegurou-se diversos direitos sociais, econômicos, culturais, direitos difusos e coletivos. Incorporou-se direitos prestacionais, metas e programas a serem implementados pelo Estado (assegurar o pleno emprego, a erradicação da pobreza e das desigualdades regionais e sociais, dentre outras). Temas relevantes, que outrora eram regulamentados pelo processo político comum, por leis ordinárias ou atos do executivo.

A Sociedade e suas necessidades mudaram. A concepção de Estado e suas funções foram significativamente alteradas e ampliadas. Surgiram diferentes dimensões de direitos: de 1ª dimensão (civis e políticos que exigem abstenção do Estado); 2ª dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais, direitos de titularidade coletiva, com caráter positivo, que exigem atuações do Estado); 3ª dimensão (direitos ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, relacionados ao desenvolvimento ou

8 Cf. MENDONÇA, Eduardo. A Democracia das Massas e a Democracia das Pessoas: um outro olhar sobre a Dificuldade Contramajoritária.

9 Barroso, Roberto Luís – Judicialização, ativismo Judicial e legitimidade democrática.

progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação - direitos transindividuais destinados à proteção do gênero humano) e 4ª dimensão (direitos à democracia, informação e pluralismo).

Portanto, atualmente não se espera do Estado apenas o cumprimento de deveres negativos, deveres de abstenção, mas também o cumprimento de deveres positivos, que constituem um rol significativo de direitos fundamentais, convertidos em obrigação de fazer para o Estado, como prestar serviço público de qualidade em educação, saúde, transporte, segurança, lazer, etc.

De forma que, o modo como o relacionamento dos Poderes foi idealizado na Teoria de Montesquieu, inicialmente projetada para “dificultar, estagnar e paralisar” a atuação do Estado, priorizando apenas o respeito aos direitos de 1ª dimensão, já não são suficientes e adequados para atender às exigências desta nova Sociedade e desta nova concepção de Estado, não mais apenas garantidor, mas também prestador de serviços públicos e transformador da realidade.

Claramente, o Constituinte brasileiro, optou por um modelo de constituição dirigente, programático, transformador que se propõe a dirigir a atuação do Estado. Isso significa que a proteção dos direitos fundamentais já não se efetua apenas, mediante um não fazer estatal (deveres negativos), mas principalmente através do dever de agir – criar e executar políticas públicas (deveres positivos). Assim, além da obrigação de se abster em respeito às liberdades e direitos individuais, o Poder Público passou a ter deveres positivos de efetivar os direitos fundamentais, concretizá-los.

Assim, na medida em que uma questão é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Deste modo, se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental, à saúde ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses direitos, levando ao Judiciário, o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas áreas.

Segundo Glauco Salomão Leite¹⁰, para garantir maior efetividade aos direitos fundamentais, a CF/88 apresenta alguns preceitos: o primeiro consiste no art. 5º, § 1º, pelo qual se determina que as **normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata**. Assim, em regra, os direitos e garantias fundamentais devem ser aplicados imediatamente. De modo que, qualquer embaraço, obstáculos ou omissões criadas pelos governantes, que restrinjam sua aplicação pode ser objeto de apreciação judicial.

O § 2º do art. 5, dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não

10 Leite, Glauco Salomão – Inércia legislativa e Ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes constitucional brasileira.

excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Ou seja, o Constituinte estabeleceu uma cláusula de abertura, de modo que o catálogo de direitos fundamentais não tivesse caráter taxativo, abrindo-se a outras fontes. **O Poder Judiciário estaria legitimado a reconhecer e proteger outros direitos fundamentais, ainda que não expressamente previstos no texto constitucional**, se decorrentes do regime e princípios adotados por ela.

Portanto, **a própria Constituição Federal autoriza a interpretação extensiva do Poder Judiciário para reconhecer outros direitos fundamentais**, se decorrentes dos princípios e regime adotados por ela.

De modo que, o Poder Judiciário, agindo apenas quando provocado, mas não podendo deixar de decidir por ausência de norma, vem realizando papel de suma importância na garantia e proteção dos direitos fundamentais. Na medida em que, autorizado pela própria constituição, utiliza métodos hermenêuticos para retirar do texto constitucional sua máxima potencialidade. Vem garantindo a proteção dos valores e dos fins eleitos pela própria Sociedade, expressos na Constituição Federal como verdadeiro compromisso político assumido coletivamente.

Inúmeros são os exemplos de direitos fundamentais concretizados pela atuação do Poder Judiciário, a partir da adoção de postura proativa e ativista na hermenêutica constitucional. Há direitos previstos em normas de eficácia limitada. Direitos que, por vezes, restaram inviabilizados pela ausência, por décadas da lei regulamentadora, como o direito de aposentadoria especial aos profissionais de radiologia. Muitos trabalhadores pereceram esperando pela vontade política, que seu direito fosse efetivamente viabilizado.

Constata-se que, embora o Poder Judiciário seja obrigado por lei (art. 140 CPC), a exercer sua função típica de julgar, sempre que provocado, não existe dispositivo semelhante, que obrigue os demais Poderes, a exercerem suas funções típicas de “legislar” ou “administrar” implantando as políticas públicas já, anteriormente eleitas pelo Constituinte.

Assim, somente há prazos legais estabelecidos para que o Poder Executivo e Legislativo apresentem e apreciem os projetos de leis de natureza financeira (PPA, LDO e LOA). Mas não há prazos, para que o Congresso regule os diversos direitos garantidos constitucionalmente, por norma de eficácia limitada. E não há que se falar em ofensa à discricionariedade do Administrador Público, porque tais escolhas já foram feitas pelo próprio Constituinte, que de forma dirigente, estabeleceu determinadas políticas públicas que deveriam ser implementadas, sem questionamento pelo gestor.

Entretanto, igualmente, não há prazos para que o Ente Público implemente políticas públicas que assegure saúde e educação aos que deles precisem,

culminando na inviabilidade prática dos direitos essenciais assegurados, mas não usufruídos pelo cidadão, desrespeitando-se o projeto coletivo construído pela população, através das escolhas do Constituinte.

A palavra “Poder” tem origem no latim – *Podere (agir)*, trás em si implícito a ideia de ação. A omissão por décadas, dos Poderes Legislativo e Executivo, em cumprir suas funções típicas, pelas quais seus representantes foram eleitos e são remunerados, com recursos públicos, não lhes acarreta nenhuma penalidade. Ao contrário, pune apenas o cidadão que, passivamente, continua aguardando a vontade política, para que seus direitos básicos e fundamentais possam ser exercidos.

De modo que, a atuação mais ativa do Judiciário se tornou essencial para a proteção, respeito e concreção dos direitos fundamentais. As tradicionais justificativas para o “ não fazer” do Estado, como a falta de recursos públicos, não se sustentam ante a falta de seriedade na gestão dos recursos públicos, evidenciados pelos reiterados escândalos de corrupção, desvio de dinheiro público, superfaturamento em contratos públicos, má gestão na arrecadação das receitas, como o insucesso dos processos de cobrança de créditos tributários, inchamento da Máquina Pública com a contratação de cargos comissionados, dentre tantos outros exemplos.

Estes são fatores que não podem, *ad perpetuam*, serem invocados como escusas, para a inobservância reiterada dos direitos fundamentais, tornando-os meras expectativas de direitos , promessas vazias e inconsequentes.

Há muitas décadas, em todo o mundo democrático, é recorrente a narrativa acerca da crise dos parlamentos e das dificuldades da representação política. No Brasil, de igual modo, vive-se uma situação análoga. A atividade política desassociou-se da sociedade civil, que passou a vê-la com indiferença e desconfiança. Restou nítido o *déficit* democrático de sua representação política. Na contramão, em muitas situações, juízes se tornaram mais representativos dos anseios populares do que as instâncias políticas tradicionais.

Também não são raras as situações em que o Poder Judiciário precisa garantir a aplicação dos direitos das minorias, tendo em vista que, raramente o Parlamento se interessa em discutir assuntos polêmicos e divergentes, em que muitas vezes seu próprio eleitorado o a reprovaria.

O Estado Democrático de Direito permite a plenitude da democracia, com a efetivação de uma série de princípios, tais como aqueles enunciados por José Afonso da Silva¹¹ : princípio da constitucionalidade, princípio democrático, princípio da justiça social, sistema de direito fundamentais, princípio da igualdade, princípio da divisão de poderes, princípio da legalidade e princípio da segurança jurídica.

Se o Direito for concebido apenas como um conjunto de normas estabelecido pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser o Estado da legalidade, o que

constitui uma redução. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente¹².

Ao Estado de Direito não é essencial a organização democrática. Se houver democracia, estaremos em face do Estado Democrático de Direito. Ao Estado de Direito não é suficiente apenas o respeito à lei, pois, este equívoco validaria qualquer Estado, mesmo aquele em que atrocidades e desprezo total aos direitos humanos e fundamentais existissem.

O Estado Democrático de Direito, do modo como descrito na Constituição em seu artigo 1º, necessita, além dos requisitos já mencionados, que o poder emane do povo. Em nossa Constituição, o Poder pode ser exercido direta ou indiretamente (parágrafo único do artigo 1º).

Portanto, o Estado somente poderá ser democrático se e quando o povo exercer efetivamente o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstâncias, diretamente. Além disso, e efetivamente sobremais disso, mister que direitos fundamentais constem das cartas políticas e sejam cabalmente respeitados. Em consequência, o Estado de Direito é o estado de legitimidade.¹³

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado, diversos são os fatores que conduzem atualmente, o Poder Judiciário a um papel de preponderância no cenário político e institucional brasileiro, despontando como instrumento indispensável para garantia dos direitos fundamentais e por consequência do compromisso político estabelecido na Carta Magna, fortalecendo o Estado Democrático de Direito.

Ressaltou-se a substantivação do conceito de democracia, que, além de não se identificar integralmente com o critério majoritário, tem procurado novos mecanismos de expressão, sobretudo a intrínseca relação com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, como condição de legitimidade do próprio Estado Democrático de Direito.

Neste cenário de amplitude das funções estatais e ineficiência dos Poderes em corresponder com celeridade, aos novos anseios sociais, desponta o Poder Judiciário com papel mais ativo e operante no contexto institucional e político brasileiro, como elemento essencial e garantidor dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como expressão de um projeto político comum.

O momento é de reflexão e busca pelo nascimento de um novo modelo de relacionamento entre os Poderes, que permita a conservação da ideia central de Montesquieu, ou seja, a repartição das funções básicas estatais para se evitar

12 José Afonso da Silva in Curso de Direito Constitucional Positivo, 6a ed., p. 101

13 Lucia Valle Figueiredo in Estado de Direito e Devido Processo Legal, R.AJUFE, nº 56, out/97, ps. 12/13

a concentração de poderes e abusos, mas que, simultaneamente, permita um relacionamento dinâmico entre os Poderes, de modo que cada um deles, exercendo suas atribuições típicas tempestivamente, colaborem para a satisfação das necessidades desta nova Sociedade e da complexa concreção do Direito no Brasil.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88**: uma análise crítica da atuação do STJ e STF; in: *Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos*. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. **Ativismo judicial**: Um meio para concretizar direitos fundamentais sociais ou uma violação ao princípio da Separação dos Poderes? Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7468>. Acesso em: 15/11/2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: a função representativa das Cortes Constitucionais. *Journal of institutional studies, Revista Estudos Institucionais*, V. 2, 2, P. 518-546, 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e Política no Brasil Contemporâneo, 2010. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/chlima/constituçãodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009 Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>.

LEITE, Glauco Salomão. **Inércia legislativa e ativismo judicial**: a dinâmica da separação dos poderes na Ordem Constitucional brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*. Nº 45, p. 10 à 31, jul/dez 2014.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin de. GIBRAN, Sandro Mansur. **O ativismo judicial , o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia**. Disponível em: revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/download/1728/1122.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 1999.

GRABER, Mark. **The Countermajoritarian Difficulty**: From Courts to Congress to Constitutional Order. *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 4, 1, 2008.

MENDONÇA, Eduardo. **A Democracia das Massas e a Democracia das Pessoas**: um outro olhar sobre a Dificuldade Contramajoritária. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006.

TALLARICO, Rafael; BRITO, Sirlei. **História da Filosofia Ocidental**: da Pólis Grega ao Estado de Direito Contemporâneo. São Paulo: D'Plácido, 2013.

O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL E A RESOLUÇÃO Nº 154/2012

Data de aceite: 27/02/2020

Marcia Conceição dos Santos

Aluna do 9º período do Curso de Direito da Faculdade Raízes, Anápolis- GO.

Gabriel de Castro B. Reis

Gabriel de Castro Borges Reis, Advogado, especialista em Direito Civil e Processo Civil, mestre pelo programa de Pós- Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás; gcborgesreis@hotmail.com).

RESUMO: O instituto da transação penal, consolidado no país por meio da Lei nº 9.099 de 1995, é uma das grandes inovações que os Juizados Especiais Criminais positivaram no ordenamento jurídico brasileiro. Discussões doutrinárias, bem como entre operadores do direito, são realizadas constantemente acerca dos mais diversos aspectos da referida lei, inclusive sobre o instituto da transação penal. Por esse motivo, torna-se imprescindível e de fundamental importância, o conhecimento sobre o tema. Assim, utilizando o procedimento de pesquisa teórica, bibliográfica, documental e doutrinária, este projeto tem como objetivo analisar importantes aspectos referentes aos Juizados Especiais no Direito brasileiro, em especial, no que tange ao instituto da transação

penal, conhecendo suas características, bem as discussões a seu respeito. A busca pelo conhecimento desse instituto se iniciou pela análise do surgimento dos Juizados Especiais Criminais, assim como, pela maneira que transação penal se apresenta dentro deles. Em seguida foram levantados os principais aspectos da transação penal, inclusive, a destinação dos valores pecuniários decorrentes dos acordos realizados entre o Ministério Público e o acusado. Ficou demonstrando, portanto, que a Resolução nº 154 do CNJ, que veio regulamentar a destinação de referidos valores, afronta diversos artigos e princípios constitucionais, devendo, por esse motivo, ter sua inconstitucionalidade declarada em breve pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que já tramita nesse tribunal a ação direta de inconstitucionalidade -ADI- 5883, proposta pelo Procurador Geral da República, com objetivo de findar as arbitrariedades e excessos impostos por referida resolução.

PALAVRAS-CHAVE: Juizados especiais criminais, transação penal, inconstitucionalidade da resolução Nº 154 CNJ.

THE INSTITUTE OF CRIMINAL
TRANSACTION AND RESOLUTION Nº
154/2012

ABSTRACT: The institute of criminal transaction,

consolidated in the country through Law N° 9,099 of 1995, is one of the great innovations that the Special Criminal Courts made positive in the Brazilian legal system. Doctrinal discussions, as well as between legal operators, are constantly held about the most diverse aspects of the referred law, including the institute of criminal transaction. For this reason, knowledge on the subject becomes essential and of fundamental importance. Thus, using the theoretical, bibliographical, documentary and doctrinal research procedure, this project aims to analyze important aspects related to the Special Courts in Brazilian Law, especially regarding the institute of criminal transaction, knowing its characteristics, as well as the discussions. about you. The search for knowledge of this institute began by analyzing the emergence of Special Criminal Courts, as well as by the way that criminal transaction appears within them. Subsequently, the main aspects of the criminal transaction were raised, including the allocation of monetary values resulting from agreements between the Public Prosecution Service and the accused. It has therefore been shown that CNJ Resolution No. 154, which came to regulate the allocation of such values, violates various articles and constitutional principles, and should therefore have its unconstitutionality declared soon by the Federal Supreme Court, since it has already In this court, the direct action of unconstitutionality -ADI-5883, brought by the Attorney General of the Republic, is being filed with the purpose of ending the arbitrariness and excesses imposed by said resolution.

KEYWORDS: Criminal special judges, criminal transaction, unconstitutionality of resolution N° 154 CNJ.

1 | INTRODUÇÃO

A Lei n° 9099 de 1995 surgiu como uma forma de regulamentação do artigo 98, inciso I da Constituição Federal brasileira de 1988, que trará acerca da criação dos juizados especiais pela União, Distrito Federal, Estados e Territórios. Referido artigo dispendo também, acerca das suas principais características, finalidades e composição dos juizados especiais, positivando a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, por um rito simplificado e facilitado.

Com a promulgação da Lei n° 9099/95 surgem, os juizados especiais criminais, com objetivo de atender os delitos de menor potencial ofensivo, que por muitas vezes, pairavam na seara da impunidade, visto a quantidade de ações de natureza mais grave, que disputavam espaço e a competência da segurança pública tradicional.

Os Juizados Especiais Criminais vieram, portanto, criando medidas despenalizadoras com intuito de diminuir as ações criminais, tornando a prestação jurisdicional dos delitos de menor potencial ofensivos mais célere e eficiente. Ademais, essas medidas buscam contribuir para concretização de uma sociedade mais amigável e menos violenta, proporcionando ao infrator a chance de perceber os

efeitos danosos de sua conduta e repará-la, por meio de medidas socioeducativas.

No entanto, as boas intenções da Lei nº 9099/95, não foi capaz de livrá-la de duras críticas que apontam deficiências em suas disposições e funcionamento. A maioria delas está relacionada aos princípios orientadores dos juizados especiais, que acabam abrindo ampla margem de discricionariedade aos juízes, fazendo com que assim, muitas vezes, eles se afastem daquilo que está positivado pelo legislador, alegando questão de interpretação legislativa.

Outro aspecto da Lei muito criticado diz respeito aos benefícios penais que ela consagrou, entre eles, a transação penal, que por muitas vezes teve sua constitucionalidade colocada em questão por doutrinadores e operadores do direito. A transação penal é uma espécie de acordo realizado entre o Ministério Público e o acusado, permitindo que, quando presente os requisitos previstos em lei, o autor do fato não seja submetido ao modelo processual condenatório, resolvendo a lide pela conciliação, através da transação penal.

Desde seu efetivo surgimento no ordenamento jurídico brasileiro, a transação penal sofreu os mais diversos tipos de objeções. Já se discutiu acerca de sua constitucionalidade, sobre possível fato dela mitigar princípios processuais penais e, mais recentemente, tem se debatido sobre a destinação dos valores proveniente das prestações pecuniárias levantadas dos acordos realizados no âmbito dos juizados especiais.

No ano de 2012, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 154/12 dispondo a respeito da utilização dos recursos provenientes das penas de prestação pecuniária dos juizados especiais. Referida resolução gerou inúmeras divergências entre operadores do direito, principalmente, integrantes do Ministério Público. Por esse motivo, o procurador geral da república propôs uma ação direta de inconstitucionalidade da Resolução nº 154 do CNJ.

Assim, devido tamanha importância e atualidade do tema, esse trabalho tem como objetivo conhecer mais a respeito da transação penal e todas as características que lhe são inerentes. Ademais, busca-se discutir acerca da possível inconstitucionalidade da Resolução nº 154 do CNJ, que ainda tramita no Supremo Tribunal Federal por meio da ADI- 5388.

2 | CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A LEI 9.099/95

Com base nas informações de grandes obras e no desempenho judiciário, é possível perceber que a edição da lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, fundadora dos Juizados Especiais Criminais, trouxe grandes novidades para o campo jurídico, em especial a fundação de um modelo de justiça essencialmente oral, conciliativo

e desburocratizado. Abrangendo ainda alguns princípios básicos do nosso sistema processual, e permitindo a disponibilidade e agilidade no julgamento da ação penal. (TRINDADE, 2006)

Abraçando um modelo fundamentado na conciliação, os Juizados Especiais Criminais abordaram a adoção de um sistema acelerado e eficaz para a resolução dos conflitos de menor potencial ofensivo. A transação penal, artefato deste estudo, está entre as fundamentais transformações apresentadas pelos juizados. Ela permite, sem a instauração de uma ação penal, a aplicação de uma pena não privativa de liberdade. Para obter o benefício, o autor do fato precisa preencher determinados requisitos a serem analisados e a aplicação da pena se dará mediante um acordo realizado entre o autor e o ministério público, se praticado um delito de menor complexidade. (TRINDADE, 2006).

Art. 2º, da Lei nº 9.099/95: O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, econômica processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação. Art. 62, da Lei nº 9.099/95: o processo perante o Juizado Especial Criminal orienta-se os pelos critérios da oralidade informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. (BRASIL, 1995)

De acordo com o autor Alexandre de Moraes a lei 9.099/95 fez várias transformações benéficas ao Poder Judiciário. Houve mudanças nas ações dos crimes de lesão corporal dolosa de natureza leve e lesão corporal culposa, que foram transformadas em ação pública condicionada dependente de representação (art.88), como condição de procedibilidade. Foi determinado ainda, nos casos em que passou a ser exigida a representação para a propositura da ação penal pública, que o ofendido ou seu representante legal deverá ser intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência. (MORAES, 2005).

Conforme mencionado, o ofendido tem que comparecer para não sofrer pena de decadência. O ministério público desempenha um papel importante na transação penal. É considerado pelo legislador nos art. 72 e 76 na lei n. 9.099/95, se aplicando tanto aos delitos submetidos aos juizados federais quanto aos sujeitos à competência dos juizados estaduais. (BRASIL, 1995)

Um traço lhe é importante: a existência de proposta do Ministério Público. Não se concebe uma transação, essencialmente bilateral, sem a participação do órgão do Ministério Público, que é um titular privativo da ação penal (art. 129, I, CP). Durante algum tempo, ouviu-se falar em transações *ex officio*, de iniciativa de juízes ou mediante provocação da defesa, sem ouvida do Ministério Público. No entanto, o STF, tanto para a transação penal quanto para a suspensão condicional do processo, vem declarando que as propostas são exclusivas do *Parquet*, e não direitos públicos

subjetivos dos acusados. (MORAES, 2005).

De tal modo, apesar de experiência constitucional de foro privilegiado e procedimentos especiais para o julgamento do Presidente da República (CF, art. 102, I, b), Senadores da República, Deputados Federais (CF. Arts 53, § 4º e 102, I, b e c; 105, I, a; 108, I), Governadores de Estado (CF, art. 105, I, a) e Prefeitos Municipais, os arts. 88,89 e 91, da Lei Nº 9.099/95, tem aplicabilidade integral, imediata e retroativa, em relação as normas de caráter penal. Por expressa determinação constitucional (art. 5º, inciso XI, e do próprio Código penal, art. 2º, parágrafo único), não pode haver retroatividade da lei menos benéfica ao réu, pois submetem-se aos princípios da retroatividade e da irretroatividade quando beneficie ou não o agente. (MARQUES, 2002)

Toda regra que trate da implicação ou diminuição do ius puniendi ou ius punitonis, como toda disposição que de qualquer forma, reforce ou amplie os direitos subjetivos do réu ou do condenado. Desta forma, ambas as regras, exigência de representação para as lesões corporais dolosas de natureza leve e as culposas e oferecimento por parte do Ministério Publica da suspensão condicional do processo, por diminuírem o ius puniendi do Estado, tem forte caráter penal e serão retroativas, em virtude de serem mais benéficas. (MARQUES, 2002, p.507)

Neste sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, em crime de lesão corporal dolosa, de natureza leve, praticando por parlamentar federal, resolvendo, por unanimidade, questão de ordem proposta pelo relator Ministro Celso de Mello, e determinando a suspensão do procedimento penal para que, nos termos da Lei 9.099/95, se procedesse a intimação da vítima do delito de lesões corporais leves atribuído ao indiciado parlamentar, para, no prazo de 30 dias, querendo, oferecer representação, sob pena de decadência. Nesse sentido:

Muito embora os procedimentos em causa (art.88 e 91) residam em texto normativo que regulamentou os Juizados Especiais Criminais no que constituem órgãos judiciários situados no primeiro grau de jurisdição – torna-se imperioso observar que as regras legais em questão aplicam-se também as ações penais originárias, inclusive aquelas ajuizáveis, nos termos do art. 102, I, b e c da Constituição da República, perante o Supremo federal. Esse, inclusive é o entendimento de Damásio de Jesus (MORAES, 2002, p.508)

A Probabilidade de estender os preceitos em causa a procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários, inclusive perante os próprios Tribunais, decorre do fato que as regras substanciadas nos arts. 88 e91 da lei 9.009/95 qualifica-se como prescrições de natureza penal e de conteúdo material, veiculadoras de uma específica modalidade de despenalização que ocorre. (JESUS, 2001, p.87)

Não somente quando a pena deixa de ser imposta, mas também quando o legislador, como acontece com a disposição, de alguma forma procura evitar que a sanção penal seja aplicada. Na realidade, a lei nova que passa a disciplinar,

de modo diverso. O exercício da ação penal, convertendo em ação penal pública condicionada a ação penal incondicionada e fazendo defender o seu ajuizamento, em consequência de representação ou de requisição que reverte, por efeito de disposição constitucional expressa (art.5º XL), irrecusável carga de retroatividade (STF, 2001, p.509).

A lei 9.099/95 traz várias possibilidades como solucionar as infrações de menor complexidade e a mesma relata que são controvertidas as possibilidades de o ofendido oferecer transação na ação penal privada. Alguns entendem pela impossibilidade, devido à natureza especial deste tipo de ação, e outros defendem a tese da plena aplicabilidade do instituto, ou ser favorável ao réu. Sendo assim, é feita a proposta que, sendo aceita por ambos, caberá ao Juiz analisar os requisitos e aplicar a pena não privativa de liberdade. (SANTOS, 2011)

2.1 Objetivos da Lei nº 9.099/95

O art. 3º da Lei 9.099/95 enumera as causas de menor potencial ofensivo que serão analisadas pelos Juizados especiais, são as chamadas “pequenas causas”. A lei traz alguns princípios que regem os Juizados, entre eles destacam-se os critérios de oralidade, simplicidade, economia processual e celeridade. (BOITEUX, 2006).

A Justiça Criminal, seguindo os princípios adotados pela mencionada lei, procura a facilitação da persecução penal mediante prestação jurisdicional rápida e eficaz. Enfatizar a instituição dos Juizados Especiais Criminais foi a medida político-criminal em que o legislador, ante as pressões urgentes da sociedade, instituiu para resolver aqueles delitos de menor complexidade, através do equilíbrio da sociedade, seja autor e vítima ou representante do Ministério Público. (CRUZ, 2012).

Tal procedimento se justifica pela necessidade de o Estado-punitivo se preocupar, verdadeiramente, com os delitos mais graves. O Direito penal busca humanista e democraticamente, a implementação da aprovação justa ao caso concreto. Não obstante, verifica-se com a simples observação das chamadas “velocidades do Direito Penal”, ou seja, assim como os demais ramos do direito, o Direito Penal busca adequar-se às necessidades da sociedade com constantes inovações e evoluções nesse sentido. (CRUZ, 2012).

A lei nº 9.099/95, criada em 26 de setembro de 1995, dispõe sobre os Juizados especiais Cíveis e Criminais e tem como finalidade designar inovação na aplicação da Justiça no sistema penal brasileiro. Isso porque, através desta lei passa a existir um novo modelo de Justiça Criminal, o qual é fundamentado no consenso. A citada lei em comentário introduz no nosso ordenamento jurídico, conceitos despenalizadores, ou seja, forma consensual de decisão de conflitos, uma justiça mais célere, mais simples, e com maior acesso à justiça. (TORZATTE, 2014)

Observa-se, portanto, que este novo preceito penal é muito importante à

reparação do dano, tendo distintivo de modo eminente socializado em relação aos delitos de menor complexidade, ou seja, menor potencial ofensivo, que por sua vez, possuem conceituação no artigo 61 da mencionada lei. São considerados delitos de menor potencial ofensivo aqueles que a lei imponha pena máxima não superior a dois anos, superando assim a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. (TOZATTE, 2014).

Com procedimentos mais rápidos e eficazes, reparação de danos sofridos pelas vítimas, bem como com a pacificação dos conflitos sociais, a legislação preza primordialmente pela conciliação, em razão da praticidade, agilidade e economia trazida por esta, fato que influi positivamente em todos aspectos envolvidos no processo.

3 I O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL

A Constituição Federal de 1998 estabelece em seu art. 98, I, que “Os Estados criarão Juizados Especiais Criminais com o escopo de processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo, admitindo-se a transação penal e instituindo-se os procedimentos oral e sumaríssimo” (BRASIL, 1998). Ademais, a Lei nº 9.099/95 elenca quais são as infrações de menor potencial ofensivo e como deve ser feita a transação penal (CF. Art.76). Assim, tira das costas dos promotores o peso e o medo em estabelecer uma negociação com o autor do fato em audiência. Atualmente não há mais preocupações em relação ao tema, pois se trata de um instituto legalmente previsto. (RANGEL, 2011).

Em primeiro lugar, e preciso salientar que a transação, como é intuitivo, só poderá se dar entre partes. O artigo 72 prevê a presença do autor do fato e da vítima, o que obvio demonstra a intenção do legislador em facilitar a conciliação, prevista no parágrafo único do artigo 74, ou seja, a representação do dano civil em uma audiência conciliatória. Se feita a composição civil dos danos, será ela homologada pelo juiz, e esta homologação acarreta a renúncia ao direito de oferecer queixa e representação. (POLASTRI, 2010).

Desta forma em é importante conhecer no que consiste a proposta da transação penal, qual sua natureza jurídica e se haverá interposição, de fato, de uma ação penal. A Lei nº 9.099/95 entalece três fases distintas, a primeira, chamada de fase preliminar (arts. 69 a 76), a segunda, fase procedimento sumaríssimo (arts. 77 e 83) e a terceira, chamada de fase da execução (arts. 84 e 86). (BRASIL,1995)

A proposta da transação penal integra a primeira fase: a preliminar. Assim deve-se ter esta visão sistemática da lei para que se possa entender seus objetivos e institutos inovadores. Como relata Ferrara:

A missão do intérprete e justamente descobrir o conteúdo real das normas jurídicas,

determinar em toda a plenitude o seu valor, penetrar o mais que possível na alma do legislador, reconstruir o pensamento legislativo. Só assim a lei realiza toda a sua força normativa. (FERRARA, 2011, p. 289).

Na transação penal não há descriminalização, mas sim, despenalização, insculpida no artigo 76. Esta deve ser realizada entre as partes, sendo o Ministério Público titular exclusivo da ação penal pública, cumprindo-lhe promovê-la com exclusividade (art. 129, I, da CF). O lesado não integra a relação processual como parte, não passando de sujeito passivo do delito, sendo que conclusão diversa seria o resgate dos tempos remotos da vingança privada. Sendo assim a transação só se dá entre o Estado representado pelo Ministério Público, e o réu, partes que são na relação processual, pois o Estado tem monopólio da ação penal pública, não podendo permitir a vingança privada ou a negociação entre o sujeito do crime de ação penal pública. (POLASTRI, 2010).

Desta forma, é certo que no Juizado Especial normalmente há maior satisfação à vítima no que diz respeito a composição e reparação do dano civil. Não é menos certo que sua presença e verdadeiro ônus e não dever. É nítida a intenção do legislador de evitar maiores discussões quando o fato trouxe consequências apenas na esfera civil, não obstante constituir um ilícito penal, porém de menor complexidade ou gravidade lesiva. (RANGEL, 2011).

De acordo com o artigo 76, tratando de crime de ação penal pública incondicionada, cabe ao Ministério Público a proposição de aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa, cabendo ao agente, por sua vez aceitar ou não a proposta. De acordo com a autora Ada Pellegrine em sua obra conjunta com outros autores. A lei expressa ao considerar apenas a vontade do Ministério Público e do atuado, tanto no 3º como no 4º do artigo 76 da mencionada lei, lembrando de que sendo caso de ação penal pública condicionada, como vimos, na forma da primeira parte do artigo 76 da lei, a transação para ser aplicação imediata da pena não restritiva de liberdade só é possível se for oferecida a representação pelo ofendido. (POLASTRI, 2010, p,284).

Damásio de Jesus entende ser inaplicável a transação em ação penal privada, pois a vítima não tem interesse na aplicação da pena. Como já disposto, tal interesse é o do Estado, daí o motivo de o dispositivo legal não ter se referido a ação penal privada e tão-somente a pública incondicionada ou condicionada, restando clara a interpretação literal da lei. Caso a parte privada queira beneficiar o agente, o fara mediante renúncia ou perdão, já que vigora aqui o princípio da oportunidade em toda a sua extensão. (JESUS, 2001).

Tal conclusão resulta clara da própria redação do artigo 76, que faz referência a ação penal pública condicionada e incondicionada, e, ainda, somente ao Ministério Público, não havendo qualquer referência ao querelante ou a ação penal privada. Como bem ressalta Mirabete:

Não prevê a lei transação penal de iniciativa privada, isto porque, na espécie, o ofendido não é o representante do titular do jus pönendi, mas somente do jus persengüendi in iudicio...Ademais numa visão tradicional, o interesse da vítima e o de reparados os danos causados pelo crime, o que lhe é possibilitado no instituto da composição, ou com a execução da sentença condenatória e já na ação de iniciativa privada prevalece com os princípios da oportunidade e disponibilidade, e, no caso dos Juizados, a composição dos danos sofridos pela vítima, tornando desnecessária a desaconselhável a previsão de oferecimento de proposta de transação. (MIRABETE, 2010, p.92).

Dada a disponibilidade e o princípio da oportunidade já existentes na ação penal privada, caberá ao querelante perdoar ou renunciar, mas nunca aplicar ou transacionar uma pena antecipada, já que não tem interesse na aplicação. Alguns intérpretes, logo no início da vigência da Lei, ressaltaram que o dispositivo da transação seria inconstitucional, por afrontar o devido processo legal, já que havia a aplicação de “pena” sem o devido processo e por ferir o princípio da presunção de não-culpabilidade. (POLASTRI, 2010).

Grandes autores como Geraldo Prado, defendem ainda hoje este ponto de vista em seus trabalhos, doutrinas e teses de doutorado. Em suas palavras:

Na realidade, a transação penal criou uma situação no mínimo estranha ao permitir a aplicação de pena fundada em Juízo provisório culpabilidade, isto porque uma das funções do processo penal consiste em determinar, dentro de certos limites, a existência da infração penal, considerada não somente do ponto de vista objetivo, mas por conta da culpabilidade, pois sem a contratação processual da culpabilidade a rigor não caberia impor penas e ainda conclui que, o “devido processo legal” da transação é investigado, concluindo—se que em realidade ele não existe e que a transação penal consiste exatamente em o imputado “ abrir mão “ do devido processo legal. (PRADO, 2003, p. 18).

Assim, vale ressaltar que o procedimento, mesmo que breve, para a imposição da pena acordada, já é o devido processo previsto constitucionalmente e em lei infraconstitucional. Sendo um procedimento consensual e célebre, que visa a não propositura de um processo mais gravoso ao autor do fato, desde que este aceite cumprir certas condições prevista na lei. O Estado propõe um acordo que é aceito pelo autor do fato para ser beneficiado por um procedimento com consequência mais leves, ou seja, pagamento ou de uma pena restritiva de direito, e, após o cumprimento das condições, terá extinguido a punibilidade. (POLASTRI, 2010).

Estando presentes os requisitos da lei, deverá o Ministério Público propor a transação, e, caso não faça, o agente poderá provocá-lo, já que a proposta é seu direito subjetivo. Tratando-se de norma de caráter penal mais benéfica, no caso de não haver proposta do Ministério Público, ou a negativa fundamentada de oferecimento de proposta, entendendo o Juiz que o caso seria de transação. (POLASTRI, 2010).

Neste caso exposto acima poderia o Juiz propor e realizar de ofício a transação? Os autores Weber Martins e Luiz Fux, em obra conjunta afirmam que, presentes os

requisitos exigidos, nasce para o autor do fato um direito subjetivo a obtenção da transação, e, mesmo tendo o Ministério Público ofertado a denúncia, em vez de receber a denúncia e por entender que o autor do fato tem direito a transação, ele próprio toma a iniciativa de oferecê-la[...] Só uma coisa o Juiz não poderia fazer, e, no caso, não fez: tomar a iniciativa do procedimento, usurpar função exclusiva do Ministério Público. (BATISTA, 2010, p. 322).

Alguns doutrinadores, como Damásio de Jesus, entendem que o Juiz pode propor a medida de ofício, caso não faça o Ministério Público. Porém o entendimento majoritário é que o Juiz não pode agir de ofício, seja havendo inércia do parquet, ou, o que é pior, como querem Weber Martins e Luiz Fux, depois de oferecida a denúncia. Nos dois casos, o Juiz toma a iniciativa da proposta e, assim, atenta contra os princípios da imparcialidade e do sistema acusatório, ambos abraçados pela Constituição Federal. Portanto a atuação do magistrado de ofício incabível e inconstitucional, pois não deixaria de estar promovendo atividade persecutória, ao arrepio do art. 129, I, da Constituição Federal (POLASTRI, 2010).

Em obra de vários autores já mencionados que não admitem a transação de ofício pelo Juiz antes ou até mesmo depois a denúncia, há um afastamento, inclusive, da 13ª conclusão da chamada Comissão Nacional de Interpretação. Nesse sentido:

A Comissão Nacional no caso do art.76 conclui que o Juiz não poderia substituir-se a vontade do Ministério Público, porquanto ainda não existe processo, e a homologação da transação representaria instauração da ação penal ex officio, mas para os casos do art. 79 poderia o Juiz substituir a vontade do promotor... Mas mesmo para transação posterior ao oferecimento da denúncia, permitir que o Juiz homologue uma transação contra vontade do Ministério Público significa retirar deste o exercício do direito de ação, de que é titular exclusivo, em termos constitucionais. (MARIBETE, 2010, p. 80).

O Ministério Público, como é intuitivo, não poderá deixar de fundamentar a recusa de oferecimento da proposta, sendo que no caso de omissão, deverá ser provocado para aduzir suas razões. Sendo assim, a única solução para o caso de não de oferecimento de proposta, fundamentada ou não pelo Ministério Público, entendendo o Juiz que o caso seria de transação, será a aplicação analógica do art.28 do Código de Processo Penal, conforme prevista em lei, ou seja, aplicação de pena imediata restritiva de liberdade. (MARIBETE, 2010).

A transação oferecida pelo Ministério Público aceita pelo autor do fato será homologada pelo juiz, sendo, portanto, uma decisão homologatória com requisitos inerentes aos de uma sentença, inclusive fundamentação, mesmo que sucinta, na forma do art.93, I, da Constituição Federal. Igualmente, se limitará o Juiz a dizer ser cabível a transação, não podendo interferir no acordo para modificá-lo, a não ser na hipótese mencionada de diminuição da pena pela metade. (POLASTRI, 2010).

No entanto, o que existe na verdade é uma sentença homologatória que possui cunho condenatório, uma vez que impõe uma sanção ao autor do fato, mesmo que

acordada, tendo efeitos processuais e materiais e realizando coisa julgada formal e material, impedindo a instauração da ação penal. Deste modo, não se valora a culpabilidade do agente e não são trazidos os efeitos comuns a ação condenatória. Trata-se de uma verdadeira ação condenatória imprópria. (POSLATRI, 2010).

Muitos autores entendem por ser uma sentença homologatória, mas com eficácia de título executivo. No entanto, pondo fim ao procedimento e autorizando a execução, caso não advenha apelação. É, portanto, totalmente impróprio o entendimento que vem manifestando na prática de que, caso não haja o pagamento da multa ou cumprimento da pena restritiva de direitos, fica autorizada a formulação da denúncia, pois tal extrapola todos os conceitos doutrinários atinentes a sentença, seja de cunho homologatório ou condenatório, desconhecendo o efeito da coisa julgada. (POSLATRI, 2010)

4 | RESOLUÇÃO 154/2012

Conforme anteriormente explanado, dentre alguns delitos e circunstâncias limitadas no Código Penal, pode o juiz substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direito. Uma modalidade de pena restritiva de direito é, justamente, a pena pecuniária, que consiste em uma prestação em dinheiro que sanará a obrigação. O art. 45, § 1º do Código Penal conceitua a prestação pecuniária da seguinte forma:

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (BRASIL, 1940)

A aplicação de penas restritivas de direitos, em especial as penas pecuniárias, são amplamente utilizadas no âmbito dos juizados especiais criminais, podendo ser realizadas também a prestação de serviço a comunidade. Segundo Tomé e Silva (2016, online) “nos juizados tais benefícios estarão inseridos dentro do contexto das transações penais, existindo requisitos para sua concessão”.

Objetivando regulamentar a distribuição da pena pecuniária no país, o Conselho Nacional de Justiça editou em 16 de julho de 2012 a resolução 154/12, definindo uma nova política institucional do Poder Judiciária para a utilização dos recursos provenientes da aplicação da referida pena. (MIGALHAS, 2012)

Em entrevista concedida ao CNJ no ar (2012) o Dr. Luciano André Losekann juiz e coordenador do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e de medida socioeducativa do CNJ, afirma que a iniciativa de criação

dessa resolução partiu após a formação de um grupo de trabalho envolvendo juízes e técnicos das varas de medidas alternativas, onde foi levado em discussão a destinação das verbas advindas das penas pecuniárias.

Ainda segundo Losekann, deste trabalho restou concluso que cada juiz agia de uma forma diferente em sua respectiva jurisdição, em suas palavras, “da forma que bem entendia”. Assim, diversas entidades que recebiam esse dinheiro acabavam por muitas vezes não prestando contas da sua destinação ou não possuindo sequer projetos nos quais o dinheiro deveria ser utilizado.

Visando sanar esse problema, a resolução 154/12 tratou de formular uma nova política para destinação do pagamento de penas pecuniárias. Assim, os projetos e entidades com fins sociais que serão beneficiados terão de cumprir uma série de requisitos estabelecidos pela resolução, com fim de gerar maior efetividade às penas pecuniárias e garantir a qualidade da destinação de seus valores. (MIGALHAS, 2012)

Com base no entendimento da resolução 154, em regra, os valores arrecadados devem ser destinados a vítima ou aos familiares que lhe são dependentes. No entanto, existem outras opções regulamentadas, que consistem na destinação dos valores a entidades públicas ou privadas de cunho social ou que envolvam alguns dos temas basilares da vida em sociedade, quais sejam, a segurança, saúde, educação, entre outros. (NALINI, 2013)

O processo de destinação das verbas às entidades sociais é um procedimento realizado em etapas, sendo a primeira delas a abertura de conta judicial, para que o Poder Judiciário possa ter um controle de toda movimentação, prestando ciência desta ao Ministério Público. O segundo passo consiste na habilitação de entidades e projetos, priorizando aquelas que possuem os critérios estabelecidos no art. 2º, § 1º da Resolução 154/12:

I - Mantenham, por maior tempo, um número expressivo de cumpridores de prestação de serviços à comunidade ou entidade pública; II - Atuem diretamente na execução penal, assistência à ressocialização de apenados, de assistência às vítimas de crimes e para prevenção da criminalidade, incluídos os conselhos da comunidade; III - Prestem serviços de maior relevância social; IV - Apresentem projetos com viabilidade de implementação segundo a utilidade e a necessidade, obedecendo-se aos critérios estabelecidos nas políticas públicas específicas. (BRASIL, 2012)

O terceiro passo consiste na escolha dos projetos, ou seja, na decisão acerca de quais trabalhos serão beneficiados com a verba proveniente das prestações pecuniárias. Após a escolha, o Poder Judiciário deve-se informar ao MP, bem como emitir alvará judicial em favor das entidades para o levantamento da quantia determinada. O quarto e último passo se perfaz na prestação de contas que as entidades beneficiadas deverão apresentar ao final do procedimento. (NALINI, 2013)

4.2 A Inconstitucionalidade da Resolução n° 154/2012

O Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, propôs a ação direta de inconstitucionalidade, ADI 5.388/DF, em face da Resolução 154 de 13 de julho de 2012, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e do art. 1º da Resolução 295, de 4 de junho de 2014, do Conselho da Justiça Federal (CJF), com base nas seguintes alegações:

1. O Ministério Público, como titular da ação penal de iniciativa pública (art. 129, I, da Constituição da República), possui legitimidade privativa para propor transação penal e suspensão condicional de processos, o que inclui a destinação legal dos recursos provenientes dessas negociações. 2. Uniformização da destinação de recursos provenientes de transação penal e suspensão condicional de processos em resolução do Conselho Nacional de Justiça extrapola o poder regulamentar conferido a esse órgão pelo art. 103-B, § 4º, da CR. Representa regulamentação administrativa de atividade-fim do Ministério Público, o que afronta a autonomia funcional desta instituição (CR, art. 127, § 1º). 3. Transação penal e suspensão condicional de processo são institutos de natureza processual penal e mista (penal e processual penal) e, como tais, estão sujeitos ao domínio normativo de lei em sentido estrito (CR, art. 22, I, c/c art. 62, § 1º, b, e 129, I).

A procuradoria geral da república, portanto, considera que a Resolução n° 154/2012, ao estabelecer critérios para utilização das prestações pecúnia, acaba extrapolando as suas funções regulamentares ao tratar de tema que perpassa função institucional do Ministério Público, configurando assim a inquestionável inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. (STF, 2016, *online*) Isso porque, a resolução vem sendo utilizada pelos magistrados para alterar os termos pactuados entre o Ministério Público e o acusado. Dessa forma ele passa a decidir acerca da destinação dos recursos a serem pagos, bem como sobre os próprios valores a serem arrecadados.

Segundo Reis, Campos e Padro (2016), a Resolução 154/12 fere diversos dispositivos constitucionais. Entre eles o art. 129, I, que estabelece competência privativa do Ministério Público para aplicação do jus persecuendi e jus puniente, o artigo 127, §1º e §2º, uma vez que prejudica a autonomia e independência funcional do MP e de seus membros, o art. 103-B, §4º, I, devido ao fato do MP não ser integrante do poder judiciário, e portanto, não pode sofrer controle do CNJ, e o art. 22, I, que dispõe acerca da competência privativa da União para legislar sobre matéria processual.

Ora, se compete ao Ministério Público a função de promover a ação penal pública, é dele também a competência para fazer a transação penal, substituindo a ação penal pelo que for mais conveniente no caso concreto. Desata forma, não pode o magistrado interferir na negociação sem violar o dispositivo constitucional, visto que ao Ministério Público são garantidas a unidade, indivisibilidade e independência

funcional.

Ainda sobre a inconstitucionalidade, vale lembrar que referida resolução é de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário. Desta forma, não sendo o Ministério Público membro do Poder Judiciário, este não pode sofrer controle por meio de uma resolução proveniente do Conselho Nacional de Justiça. Por fim, a competência para legislar sobre matéria processual é privativa da União, ficando claro, mais uma vez, que o CNJ não pode dispor acerca de uma questão processual por meio de suas resoluções.

Além das violações constitucionais, os autores apontam que Resolução afronta alguns princípios basilares ao Estado Democrático de Direito, como o princípio da autonomia da vontade, pois se magistrado altera os termos e a distinção de acordados há um claro desrespeito a vontade dos negociantes, bem como o princípio legalidade penal, que por sua vez, é massacrado pela resolução em diferentes formas e aspectos.

A mitigação do princípio da legalidade encontra-se no fato dos magistrados se fundamentarem na utilização do 45, §1º, do Código Pena para justificar as modificações realizadas por eles nas prestações pecuniárias provenientes da transação pena, visto que os juizados especiais admitem a aplicação subsidiária do Código Penal e do Código de Processo Penal.

No entanto, o que dispõe o código penal é inaplicável a esse caso específico das prestações pecuniárias advindas da transação penal, uma vez que, o que está positivado no CP acerca da prestação pecuniária decorre diretamente das condenações proferida pelo magistrado, o que é completamente diferente no instituto da transação, onde o valor é proveniente do acordo firmado entre Ministério Público e acusado. Assim, a aplicação se dá por analogia e não por subsidiariedade, e por esse motivo, não pode ser utilizada em desfavor do réu, uma vez que tal preceito viola claramente o princípio da legalidade.

A Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.388, ainda não foi julgada em sede do Supremo Tribunal Federal. Referida ação encontra-se conclusa ao relator desde o dia 07 de maio de 2018. Portanto, resta esperar que o efetivo provimento jurisdicional possa findar as discussões acerca do tema.

5 | CONCLUSÃO

Com a abordagem desse trabalho acerca da regulamentação do instituto da transação penal nos juizados especiais criminais, foi possível constatar que, mesmo

diante as inúmeras críticas iniciais, os juizados especiais estão consolidados no ordenamento jurídico brasileiro há 24 anos. Isso demonstra que, independente das dificuldades apresentadas, o sistema tem se fortalecido, cada dia mais, se mostrando um grande aliado da justiça criminal.

A possibilidade de despenalização, a depender do caso concreto e dos requisitos previstos em lei, é uma maneira de conseguir individualizar as medidas. Fato que confere grande credibilidade à justiça criminal, que acaba deixando de lado os clássicos padrões burocráticos que regem a desgastada justiça penal condenatória.

Foi possível constatar também, que o principal problema levantado acerca da transação penal é, justamente, o momento de sua proposta e homologação. Segundo alguns autores, ao aceitar o acordo proposto pelo Ministério Público, o acusado acaba abrindo mão de alguns dos seus direitos, como a oportunidade de se defender. Então, mesmo que a transação não venha conferir culpa nem confissão ao acusado, é inevitável que haja uma certa sensação de responsabilidade na conduta daquele que aceitou a proposta.

No entanto, a transação penal mostra-se completamente coerente com a Constituição Federal brasileira, além de ser uma importante ferramenta socioeducativa. Isso porque, ao conferir ao acusado uma nova chance de rever suas atitudes e não ter instaurado contra si um processo criminal, a transação evita evita a ação penal, e conseqüentemente, os seus efeitos negativos, uma vez que, uma sentença penal condenatória acaba prejudicando a vida da do indivíduo em diferentes aspectos, sejam eles sociais, profissionais ou emocionais.

No que tange as penas pecuniárias, que é uma das formas de pena restritiva de direito utilizada pela transação penal afim de substituir a privativa de liberdade, foi possível concluir que a resolução nº 154 do CNJ, regulamentadora da destinação de referidas prestações, encontra grandes divergências com aquilo que está positivado na Constituição Federal brasileira.

Diante tamanha incompatibilidade da resolução nº 154 do CNJ com diversos aspectos constitucionais, da CF/88, espera-se que a ação de inconstitucionalidade - ADI 5388, proposta pelo Procurador Geral da República e ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal, venha o quanto antes declarar de fato, a inconstitucionalidade de referida resolução, visto as inúmeras arbitrariedades e excessos que nela estão dispostos.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9 ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- BOITEUX DE F. RODRIGUES, Luciana. **O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no direito penal e na sociedade**. São Paulo. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.
- BRASIL, **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995. Juizados Especiais Cíveis e Criminais.
- BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 154**, de 13 de julho de 2012. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 124, p. 2-3, 16 jul. 2012.
- CNJ no Ar. **Resolução 154-24-07-12**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DiTetFh3UXg>. Acesso em 15 set. 2019.
- JESUS, Damásio E. **Código Penal Anotado**. Rio de Janeiro: Saraiva: 2001.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. 3. Campinas: Millenium, 2002.
- MIGALHAS. **Publicada Resolução que Destina Penas Pecuniárias a Projetos e Entidades Sociais**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI159787,51045-Publicada+resolucao+que+destina+penas+pecuniarias+a+projetos+e>. Acesso em 18 set. 2019.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. Alexandre de Moraes, 5ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.
- MPF, Ministério Público Federal. **ADI 5.388/DF**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5508/view>. Acesso em 31 out. 2019.
- NALINI, José Renato. **Cartilha de Procedimento para Utilização dos Recursos Oriundos da Aplicação da Pena de Prestação Pecuniária**. São Paulo: corregedoria geral da justiça, 2013.
- POLASTRI LIMA, Marcellus. **Manual de Processo Penal**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. Brasília: revista dos tribunais, 2003.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: lúmen juris, 2011.
- REIS, Gabriel de Castro Borges; CAMPOS, Cerise de Castro; PRADO, Mauro Machado do. **Da Inconstitucionalidade da Resolução nº 2.54/2012, do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: https://www.academia.edu/30441026/DA_INCONSTITUCIONALIDADE_DA_RESOLUÇÃO_No_154_2012_DO_CONSELHO_NACIONAL_DE_JUSTIÇA?auto=download. Acesso em 29 out. 2019.
- SANTOS, Juarez Cirino, **Direito Penal**, parte geral, 3ª ed., Curitiba, LumenJuris, 2011.
- STF, Supremo Tribunal Federal. **Normas sobre destinação de pecuniária são questionadas no**

STF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/241599096/normas-sobre-destinacao-de-pena-pecuniaria-sao-questionadas-no-stf>. Acesso em: 30 out. 2019.

TOME, Semiramys Fernandes; SILVA, Adrycia Karoline. **Análise da eficácia sancionatória das penas restritivas de direitos aplicadas nos juizados especiais criminais com fundamento na Lei 9.099/95.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51861/analise-da-eficacia-sancionatoria-das-penas-restritivas-de-direitos-aplicadas-nos-juizados-especiais-criminais-com-fund>. Acesso em 18 set. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do Direito Internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

O MITO DA “INTERVENÇÃO MILITAR CONSTITUCIONAL” NO CONTEXTO DAS CONVULSÕES E SOBRESSALTOS INSTITUCIONAIS DA HISTÓRIA RECENTE BRASILEIRA

Data de aceite: 27/02/2020

Data da submissão: 03/12/2109

Alexandre Gallina Krob

Defensor Público Federal. Graduado e Pós-graduado lato sensu em Direito pela UFSM.

Santa Maria/RS

<http://lattes.cnpq.br/4459373999408592>

RESUMO: A presente pesquisa, motivada pelo tumulto institucional na história recente brasileira, objetivou examinar em que medida o aumento do interesse da população brasileira por uma “intervenção militar constitucional” decorreu da propagação de falas de personagens políticos ou de episódios relevantes para a história nacional. Ainda, buscou-se elucidar de que modo a internet, como enorme difusora de conteúdo livre, pode contribuir para que pensamentos flagrantemente antidemocráticos surjam e cresçam junto parcela da opinião pública. Adotando-se a técnica de pesquisa bibliográfica examinou-se rapidamente a ideia de uma “intervenção militar constitucional” para, sem prejuízo de refutá-la, compreender sua origem. Ainda, com o uso do procedimento monográfico, analisou-se a correlação entre eventos recentes da história político-institucional brasileira com o incremento de interesse da população sobre o tema “intervenção militar

constitucional”. Utilizando-se o método de abordagem dedutivo, no primeiro capítulo detalhou-se aspectos conceituais sobre o tema ligado ao Direito Constitucional e, no segundo capítulo, examinou-se os pontuais aumentos de interesse da população sobre o tema, por meio da utilização da ferramenta de pesquisa na internet *Google Trends*. Chegou-se, então, a conclusão de que o interesse pelo tema “intervenção militar constitucional” guardou relação direta com determinados momentos de tumulto institucional ou de arroubos retóricos de personagens públicos.

PALAVRAS-CHAVE: *Google Trends*; internet; intervenção militar constitucional.

THE MYTH OF THE “CONSTITUTIONAL MILITARY INTERVENTION” IN THE CONTEXT OF DISTURBANCES AND INSTITUTIONAL STARTLES IN RECENT BRAZILIAN HISTORY

ABSTRACT: This research, motivated by the institutional turmoil in recent Brazilian history, had the purpose of examining to what extent the increased interest of the Brazilian population for a “constitutional military intervention” resulted from the spread of political character speeches or episodes relevant to national history. Furthermore, it sought to elucidate how the

Internet, as a huge free content spreader, can contribute to flagrantly undemocratic thoughts to emerge and grow within the public opinion. Adopting the bibliographical research technique, the idea of a “constitutional military intervention” was briefly examined in order to understand its origin, even though it was refuted. Still, by the use of monographic procedure, it was analyzed the correlation between recent events on Brazilian political-institutional history and the increase of interest of the population on the theme “constitutional military intervention”. Through the use of the deductive approach method, its first chapter detailed conceptual aspects on the matter linked to Constitutional Law and, in the second chapter, it examined the occasional increases of interest of the population on the subject, using internet Google Trends search tool. After all, there is a conclusion the interest for the “constitutional military intervention” theme has a straight connection with occasional institutional riots or rhetorical exaltation by public agents.

KEYWORDS: constitutional military intervention; Google Trends; Internet.

1 | INTRODUÇÃO

Umberto Eco, por ocasião da aceitação do título de Doutor Honoris Causa da Universidade de Turim no ano de 2015, valeu-se do uso da palavra para proferir duras críticas ao papel desempenhado pelas redes sociais na vida em sociedade. Teria dito algo muito próximo do seguinte: “As mídias sociais deram o direito à fala a legiões de imbecis que, anteriormente, falavam só no bar, depois de uma taça de vinho, sem causar dano à coletividade. (...) agora eles têm o mesmo direito à fala que um ganhador do Prêmio Nobel”. Tal citação, ao melhor estilo do tempo em que vivemos, “viralizou” e passou a ser utilizada, por mais paradoxal que possa parecer, muitas vezes pelos próprios “imbecis” a que Umberto se referia, quando pretendem “justificar” seus pontos de vista pela via da imposição da fala, e não pelo do necessário debate retórico à luz de premissas racionais (visto que não há como se exigir um rigor científico na seara do debate digital de massa). Esse uso deturpado, aliás, talvez seja a maior prova do acerto da análise feita pelo filósofo italiano. Pretende-se, nessa oportunidade, valer-se da real dimensão deste alerta.

Essa voz conferida aos “imbecis”, impossível deixar de registrar, faz parte do custo democrático de se viver em sociedade e não pode, salvo em situações extremas e pela via adequada, ser calada. Dela, contudo, podem resultar diversos danos à coletividade e, novamente de forma paradoxal, à própria democracia que lhe assegura. Isso porque, da mesma forma que as redes sociais podem ser a fonte e o instrumento da construção de movimentos sociais, tão necessários e caros ao progresso democrático, à alternância de governantes, à preservação e à conquista de direitos, etc., também servem para que a “legião de imbecis” possa, igualmente, organizar-se ou apenas propagar ideias e conceitos claramente antidemocráticos

(misóginos, racistas, preconceituosos), seja por convicção própria, seja por influência do meio (virtual), em típico comportamento de massa. Dentre elas, pretende-se destacar, no período recente, o surgimento e a recorrência do interesse de parte da população sobre a proposta de uma “intervenção militar constitucional” que pudesse “salvar o país” da crise ético-institucional em que se encontra (ou que talvez, hoje, esteja mais visível).

Nesse contexto, pretende-se, com auxílio da ferramenta de pesquisa *Google Trends*¹, investigar o potencial aumento do interesse da população brasileira sobre o tema “intervenção militar constitucional”, à medida que tal “solução” (ou algo próxima dela) foi cogitada por algum personagem da República ou mesmo por grupos difusos espalhados pelas redes, bem como os cenários em que isso ocorreu, o que será feito com olhos vistos em datas próximas a momentos de grande tumulto institucional na história recente brasileira. Pretende-se, com tal estudo, melhor compreender se e de que forma a internet, como enorme difusor de conteúdo livre, pode contribuir para que pensamentos flagrantemente antidemocráticos possam nascer e ganhar corpo junto à opinião pública.

Diante disso, indaga-se: em que medida o aumento do interesse do povo brasileiro por uma “intervenção militar constitucional” decorreu da propagação de falas de personagens políticos ou de episódios recentes da história política? Ainda, complementarmente, questiona-se de que modos a internet pode contribuir para a propagação de ideias antidemocráticas, como a ora analisada intervenção?

Para elucidar tais questionamentos, adotou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, com exame dos contornos básicos dos tópicos constitucionais correlatos a criação da equivocada ideia de uma “intervenção militar constitucional”. Utilizou-se, ainda, o procedimento monográfico, visto que se examinou, com o auxílio da ferramenta de pesquisa *Google Trends*, o caso concreto de modificação do interesse populacional pelo assunto, de acordo com fatos políticos de grande repercussão nacional.

Assim, dividiu-se o trabalho em dois capítulos. O primeiro deles, um tanto quanto óbvio, visa a demonstrar o quão juridicamente aberrante é falar-se na possibilidade de uma “Intervenção Militar Constitucional”, o que será feito, também, com a propósito de pôr em relevo a opaca interpretação da Constituição por aqueles que defendeu sua possibilidade.

Por sua vez, no segundo capítulo, tratou-se da influência de determinadas falas e acontecimentos da história nacional no aumento episódico do interesse de parcela da população sobre o tema, medido pela análise dos dados fornecidos pela ferramenta *Google Trends*, a serem lidos e compreendidos, ainda que de forma

¹ O *Google Trends* é uma ferramenta do *Google* que mostra os termos mais populares buscados em um passado recente e apresenta gráficos com a frequência em que um termo particular é procurado em várias regiões do mundo. Disponível em: <https://trends.google.com.br/trends/?geo=BR>. Acesso em: 20 jul. 2019.

superficial, no contexto da difusão de novos movimentos sociais do século XXI pelo uso da internet.

2 | A IDEIA DE UMA INTERVENÇÃO MILITAR CONSTITUCIONAL

No decorrer do processo de pesquisa virtual que antecedeu a redação do presente estudo, não foi possível localizar, com precisão, na vasta galáxia da internet, o exato ponto de origem da ideia de uma “intervenção militar constitucional”. É fato, contudo, que tal ideia foi em algum momento criada e até hoje permanece “viva” nas redes sociais, conforme se pode inferir da existência de fóruns de discussão, correntes divulgadas por *whatsapp*, postagens no *Twitter*, bem como grupos de *Facebook*. Cita-se, por todos, um grupo público de discussão alocado na última rede social citada de nome “INTERVENÇÃO MILITAR CONSTITUCIONAL JÁ!”, contendo quase 40 mil membros².

Ao adentrar-se nas redes sociais em busca do tema, percebe-se, de plano, que no pano de fundo da ideia de uma “intervenção militar constitucional” encontra-se, sem meias palavras, o desejo de que as Forças Armadas assumam, na máxima extensão possível, o governo do país, escanteando ou tornando inservíveis outras instituições da República ou mesmo seus poderes constituídos. Trata-se, desnecessário aprofundar-se a fundamentação, de pretensão manifestamente antidemocrática e subversiva dos ideais democráticos e republicanos construídos ao longo dos anos.

Essa pretensão é “justificada”, como regra, com uma defesa nacionalista à prática de inúmeros desvios éticos pelos representantes destes poderes e instituições ao longo da história. Não faltam, todavia, visões mais sectárias e radicais que defendem a viabilidade de tal medida à guisa da defesa da manutenção de valores do modo de produção capitalista e de um estilo de vida social conservador.

Sem adentrar na “legitimidade”, ou não, dos motivos determinantes daqueles que defendem uma intervenção militar como uma solução institucional possível para a crise ética a que nos encontramos expostos, fato é que tais entusiastas apenas fizeram agregar à expressão “intervenção militar” o adjetivo “constitucional”, com a finalidade de emprestar àquela um aspecto de juridicidade e, sobretudo, de constitucionalidade. Tal inclusão foi realizada a partir de uma leitura deturpada do texto constitucional, sobretudo de seu artigo 142³.

Por razões históricas evidentes, sobretudo na América Latina, a concepção de uma “intervenção militar” traz consigo a natural associação com os períodos de

2 INTERVENÇÃO MILITAR CONSTITUCIONAL JÁ! Grupo público. Facebook. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/groups/257299714395248/>. Acesso em: 27 jul. 2019.

3 Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

ditadura militar, como a que governou o país de 1964 a 1985. Desse modo, em que pese o paradoxo de se tentar legitimar em uma democracia uma intervenção pela via da força, é fato que a agregação do termo “constitucional” tem o indisfarçável propósito de vender a iniciativa autoritária como algo possível dentro das regras do jogo democrático.

Os defensores dessa medida, em regra leigos nas lides jurídicas⁴, leem na parte final do dispositivo, sobretudo na missão de “defesa da pátria” (que, no caso, tem conotação de defesa externa do território) e da “lei e da ordem”, uma legitimação de suas pretensões não-democráticas, o que é feito a partir de uma visão ultranacionalista.

Essa leitura popular deturpada acaba sendo agravada pela presença, na Constituição da República, de outras figuras relacionadas a institutos destinados à manutenção da estabilidade institucional em face de pontuais momentos convulsivos, tais como a intervenção da União nos estados (artigo 34), a decretação dos estados de defesa (ar. 136) e de sítio (art. 137), os quais autorizam, inclusive, a restrição temporária de relevantíssimas garantias fundamentais, bem como a possibilidade de organização de operações de garantia da lei e da ordem, na forma da Lei Complementar n° 97/99⁵.

No início de 2018, contribuiu grandemente para o agravamento dessa confusão no ideário popular, a efetiva decretação de uma intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro (restrita à área da segurança pública), para a qual foi nomeado como interventor um militar de carreira (vide Decreto 9.288/2018)⁶. Em pese se trate, nos lindes da própria Constituição, de uma intervenção de natureza civil, nomeou-se um General para funcionar como interventor e, mais do que isso, de forma deveras questionável, atribuiu-se ao cargo de interventor a natureza militar (artigo 2°e parágrafo único).

É mais do que evidente que tal opção administrativa do então Presidente da República contribuiu, ainda que de forma não desejada, para aumentar o mito da possibilidade de intervenção militar constitucional, visto que, ainda que de forma parcial, acabou sendo decretada uma “intervenção militar” no Estado do Rio de Janeiro, no contexto da qual foi levada a efeito uma grande operação de garantia da lei e da ordem (GLO). Ao menos é essa a sensação que podia ser haurida da presença de diversos contingentes militares nas ruas, coordenados por um general.

Feita essa contextualização, cabe pontuar, de forma bastante objetiva, ser tranquilo afirmar-se que, sob a ótica jurídica, a dita “intervenção militar constitucional”

4 Em que pese o Brasil possua mais de milhão de bacharéis em Direito.

5 Lei Complementar n° 97, de 9 de junho de 1999. **Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

6 BRASIL. Decreto-Lei n° 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: 10 jul. 2019.

é um disparate total. Sobre isso muito já foi escrito, sobretudo em sites especializados na internet, o que pode ser facilmente localizado na rede mundial de computadores.

Por ter sido questão exposta até aqui a partir de visão leiga, colhida da rede mundial de computadores, e por não demandar sua contradição um maior aprofundamento jurídico, utilizar-se-á, por simetria, como referencial teórico para resumir o descalabro da iniciativa, um texto de natureza muito mais jornalística do que jurídica de Lênio Streck, denominado “A anti-hermenêutica da intervenção militar”⁷.

Assim, a crítica de Safatle faz uma espécie de recuperação ideológica do que quer criticar. Aliás, pior ainda, mesmo que a intenção dele seja crítica, acaba legitimando e reforçando a tese incorreta e torta de que o art. 142 da Constituição autorizaria que quaisquer Poderes constitucionais possam requerer diretamente às Forças Armadas o seu emprego para “garantia da lei e da ordem” (sic), de tal modo que “o que virá depois” estaria “legalizado” de acordo com a própria Constituição. Primeiro, o artigo 142 determina que é o presidente da República a autoridade suprema sob a qual estão submetidas as Forças Armadas, consagrando o poder civil.

Segundo, a lei e a ordem a serem garantidas são as das próprias instituições democráticas (Título V da CF); terceiro, o parágrafo único do art. 142 prevê que lei complementar estabelece as normas gerais a serem adotadas no emprego das Forças Armadas (a LC n. 87, art. 15), que não apenas submete esse emprego a uma cadeia de comando, civil no seu topo, assim como estabelece um procedimento a ser estritamente cumprido para isso e, por fim, determina o caráter somente subsidiário desse emprego, para a garantia da segurança pública, termos em que “lei e ordem” devem ser corretamente interpretadas.

Por fim, todos sabemos que, numa democracia, não há que se falar em autonomia, ou relativização desta autonomia, da parte de quem porta armas, como polícias e forças armadas. Por esta razão é que somente um Poder eleito poderá dispor da palavra final, como Constituição e Lei aqui

determinam. Ou seja, o artigo de Safatle é um texto equivocado, inadequado e inoportuno. A solicitação dos Poderes é feita sempre ao presidente da República, que é o comandante das Forças Armadas e que deve determinar a atuação, nos casos e nos termos do previsto constitucionalmente para o estado de defesa e do estado de sítio e de acordo com a lei complementar .

Aliás, artigos como o de Safatle dão azo às lendas urbanas. Já ouvi um general, radialista e gente de TV dizendo a mesma coisa: a de que as Forças Armadas têm autorização para intervir “no caos”. Pois é. Lendas se formam assim. Alimentemo-las e lá vem bomba.

A questão é que, a despeito do alerta do eminente professor, a lenda urbana não só já estava criada quando da redação de seu manifesto, quanto ainda foi alimentada durante episódios de nossa história posteriores a sua fala.

7 STRECK, Lênio. **A anti-hermenêutica da intervenção militar**. Folha de São Paulo. Publicado pela edição do dia 03/10/2017 da Folha de São Paulo e disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/10/1923723-a-anti-hermeneutica-da-intervencao-militar.shtml>. Acesso em 20 jul. 2019.

3 | A INTERNET COMO MEIO DE PROPAGAÇÃO DE IDEIAS ANTIDEMOCRÁTICAS: O INCREMENTO DO INTERESSE DE PARTE DA POPULAÇÃO SOBRE O TEMA INTERVENÇÃO MILITAR CONSTITUCIONAL

A internet há muito já é o meio de comunicação interativo universal da Era da Informação, com seus “milhões de usuários de redes no mundo inteiro, cobrindo todo o espectro da comunicação humana”⁸. Em geral, imensa parte das comunicações ocorrem de modo espontâneo e não organizado, com diversidades de finalidades e de adesão, e com coexistência de diferentes interesses⁹. A interação mediada por computadores, nesse contexto, favorece a comunicação com menos freios, visto que “a informalidade, espontaneidade e anonimato do meio estimulam o que chamam de uma nova forma de ‘oralidade’, expressa por um texto eletrônico”¹⁰.

Essas facilidades e a ausência de formalidades fazem com que a internet tenha se tornando um território livre para criação e propagação de toda sorte de ideias, que, a depender do eco que encontre no próximo internauta, podem se propagar rapidamente.

Uma das formas pelas quais se pode tentar mensurar o interesse da população em melhor se informar sobre determinado assunto é a utilização de ferramentas de medição de pesquisas em sites de busca, como é o caso da *Google Trends*, já referido.

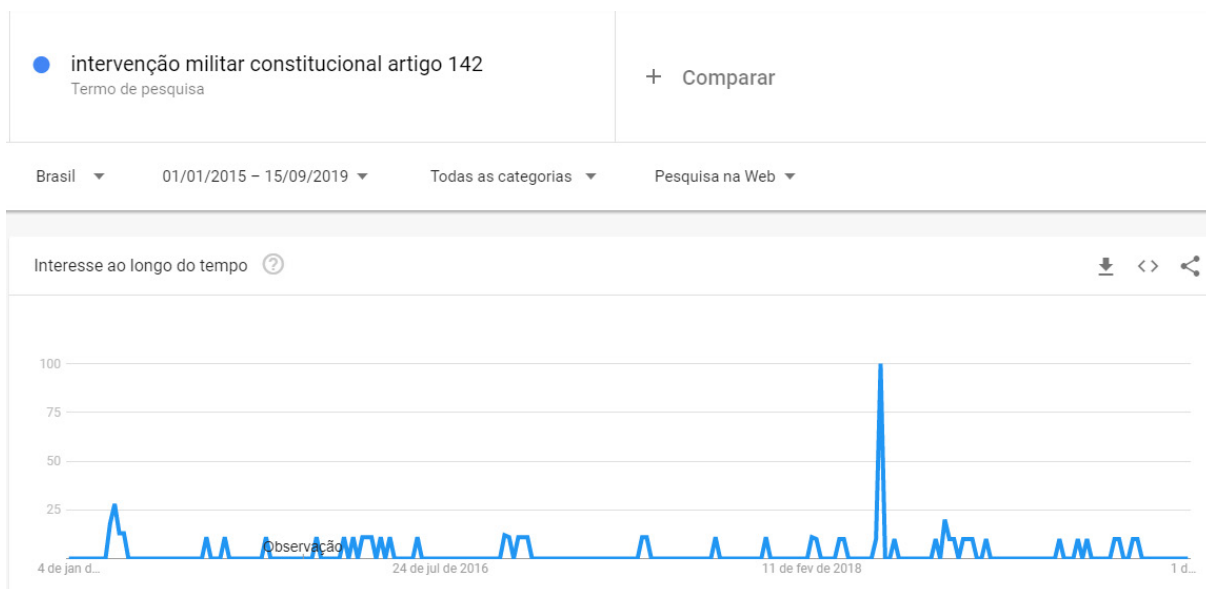
No presente estudo realizou-se a seguinte pesquisa para fins de análise: na página da plataforma *Google Trends* inseriu-se, como parâmetro de coleta de dados, a busca pelos termos “intervenção militar constitucional artigo 142”, limitou-se a busca ao espaço territorial brasileiro, e, da mesma forma, colocou-se como parâmetro temporal o período entre 1º/01/2015 e 30/06/2019¹¹. Veja-se o gráfico obtido:

8 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 19 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018. p. 437

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*. p. 443

11 Justifica-se a escolha pela expressão “intervenção militar” seguida da expressão “artigo 142” por ser justamente a conjugação da medida “desejada” por parte da população associada a suposta norma constitucional que autorizaria sua implementação. Limitou-se temporalmente pesquisa entre o início do segundo mandato da ex-presidente Dilma Rousseff até data próxima da redação do presente estudo.



A análise desse gráfico à luz de diversos acontecimentos recentes revela uma certa tendência de interesse da parte da população pelo tema precisamente em momentos de exaltação deste por figuras públicas ou, ainda, quando da ocorrência de episódios institucionais que deflagraram alta tensão. Citam-se, por exemplo, os seguintes episódios de coincidência.

- 1) Em 15 de setembro de 2017, o então General Mourão, já na reserva do Exército Brasileiro, filiado a partido político e prestes a ser indicado para concorrer na eleição do ano seguinte, no cargo de Vice-Presidente da República, profere palestra na Loja Maçônica Grande Oriente do Brasil no Rio de Janeiro, exaltando a possibilidade de uma intervenção militar, caso os poderes constituídos não conseguissem, sozinhos, controlar a situação da grave crise ética¹²;
- 2) Em 16 de fevereiro de 2018 é decretada a intervenção na segurança pública do estado do Rio de Janeiro, momento em que foi nomeado um militar como interventor (vide Decreto 9.288/2018);
- 3) De março a início de junho de 2018: Iminência de julgamento de *Habeas Corpus* que poderia libertar o ex-Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva. Às vésperas do julgamento, houve manifestação do então comandante do exército, General Villas Boas, que publica em suas redes sociais sua opinião de repúdio à impunidade, com destaque para o fato de Exército estaria “atento às suas missões institucionais”. Na sequência, deflagrou-se a chamada “Greve dos Caminhoneiros”, que continha, como uma pauta difusa, a decretação de uma intervenção militar (maior pico apresentado no gráfico);
- 4) Um platô de interesse ocorreu entre setembro de 2018 e novembro de 2018, durante o período eleitoral, recheado de episódios polêmicos na seara política e judicial,

12 PODER 360. **Em evento da maçonaria, general do Exército propõe intervenção militar.** *YouTube*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=p54iVJoKUVs>. Acesso em 20 jul. 2019.

A diminuição do intervalo temporal para lapsos menores permitiria que se tentasse melhor detalhar esse fenômeno em alguns períodos, o que, para o objeto do presente estudo, não se faz necessário. Cita-se, por exemplo, alguns picos de interesse em momentos relacionados a tramitação do processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff

Feito esse cotejo, pode-se afirmar, com boa dose de segurança, que o interesse de parcela da população sobre o tema aumenta em momentos de grande tensão institucional. Não é possível investigar-se, pela via do *Google Trends*, o viés desse interesse, ou seja, se decorre de pura curiosidade ou se traz consigo um sentimento de simpatia para com a causa, o que somente poderia ser aferido no contexto de ferramenta de medição atrelada às redes sociais. A recorrência com que o tema volta à pauta de interesse a cada momento de tensão, todavia, parece sugerir que boa parte dos curiosos possui alguma simpatia pelo tema pesquisado.

O estudo do interesse pelo tema importa menos pela possibilidade de que se reforce, juridicamente, a absurda tese de uma intervenção militar constitucional, e mais pelo espírito antidemocrático revelado por parte de parcela da população, ao concordar (ainda que de forma inadvertida e ignorante) com o estabelecimento de uma intervenção pela força em nome do “bem comum”,

Esse cenário de apreensão assume contornos especialmente preocupantes em se considerando as facilidades atualmente proporcionadas pelas redes sociais para que tais pautas ganhem as ruas e sejam efetivamente “reivindicadas” das Forças Armadas, que embora neguem institucionalmente a possibilidade de um golpe militar, possuem diversos membros simpatizantes de tal medida no caso de “grave caos nacional”, o que foi feito, no contexto em que alguns altos oficiais, em momentos chaves da atual quadra da história, já se manifestaram de forma rematadamente inapropriada sobre o tema, como visto nos exemplos acima.

Nesse contexto, destaca-se, ainda, que a utilização do ciberespaço, sobretudo das redes sociais, é uma das maiores características dos novos movimentos sociais do século XXI. Aliado a outros atributos que não são objeto específico deste estudo, salienta-se que as características primordiais de compartilhamento e publicidade induzem-nas a um altíssimo poder de propagação¹³. De acordo com ensinamento de Germano Schwartz, o amplo “potencial de contágio” é incrementado pela própria existência de um espaço não hierárquico de troca incessante, o que robustece igual tese, quanto ao ponto, de Manuel Castells. Nesse cenário, aquele autor faz importante constatação¹⁴:

[...] Muito embora exista, hoje, o maior número de humanos que habitou a Terra, a

13 SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas?:** momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes de novos movimentos sociais do século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 109.

14 *Ibidem.* p.113.

sensação é a de que a Internet e suas redes sociais tornou o mundo uma pequena vila, já que é possível ter acesso à comunicação proveniente de qualquer lugar do globo. Por mais distante que ele se apresente fisicamente, as redes sociais fizeram do sistema social global um espaço em que a virtualidade aproxima a realidade e, por isso, aumenta a chance de contágio [...] de suas comunicações [...]

Conforme destaca Germano Schwartz, o *Facebook* (citado aqui exemplificativamente, tendo em vista a existência de grupo público de grande adesão, já mencionado anteriormente) se constituiu na grande plataforma dos debates da Islândia em sua “Revolução das Panelas”, assim como foi utilizado em manifestações no Egito, bem como nas “Jornadas de Junho de 2013”, no Brasil¹⁵. Para o autor, o *Facebook*, em sua atual configuração, possui um espectro de ferramentas de difusão deveras eficiente, que

[...] Caracteriza-se não somente pelo registro dos fatos, mas também por outras formas: fotos, vídeos, grupos, páginas, atualizações de status, contato inbox, compartilhamentos, curtidas e transmissões ao vivo. Além disso, ele permite a integração direta com outras redes sociais, como o Twitter [...]

Com tudo isso, aliando a natureza das interações pela internet (livres, sem filtros por veículos de comunicação, horizontalizadas e sem hierarquias), com as ferramentas por ela propiciadas (sistemas de busca, pesquisas de assunto e publicações em redes sociais), percebe-se que a associação desta incompreensível anuência a uma medida tão antidemocrática por parte da população (que chega mesmo a defender sua implementação), pode facilmente ser facilmente ampliada, de forma artificial, e servir de estopim para que medidas antidemocráticas venham a ser tomadas no futuro por autoridades constituídas.

4 | CONCLUSÃO

O presente trabalho iniciou com a contextualização das previsões constitucionais acerca da intervenção militar e sobrevoou a propagação de ideias acerca da tomada abrupta do controle do país pelas Forças Armadas, alertando para os perigos decorrentes da utilização dos espaços online.

Na sequência, pontuou alguns aspectos sobre o uso da internet como veículo para disseminação de ideias alheias ao contexto democrático e, por fim, por intermédio da ferramenta *Google Trends*. examinou a coincidência entre o abrupto aumento de buscas pela expressão “intervenção democrática constitucional” e alguns fatos relevantes no cenário nacional.

É inegável que a internet permite aos usuários um espaço livre de manifestação, no qual não há hierarquias e não existe filtragem do conteúdo (como ocorre com

15 SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas?:** momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes de novos movimentos sociais do século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 116.

a divulgação de notícias por veículos de comunicação a televisão). Ao mesmo tempo, a rede mundial de computadores desprende as pessoas das amarras da informação em meio escrito, na medida em que permite que qualquer assunto seja exaustivamente pesquisado, nas mais diversas fontes, com origem de confiabilidade assegurada, ou não.

Nesse panorama, as novas tecnologias (sobretudo a internet), por um lado, modificaram positivamente as relações entre os membros da sociedade e permitiram novas formas de organização e debate, prevalecendo a autonomia de comunicação e a interação de massa em verdadeiras redes horizontais, capazes de sobrepujar as clássicas, fora de hierarquia, bem como atribuindo ao cidadão a autonomia para a busca de conhecimento sobre assuntos de seu interesse.

No entanto, o que a princípio parece positivo, também se reveste de grave risco. O alto poder de contágio propiciado pela própria natureza da internet revela-se especialmente lesivo quando o tema pesquisado (como mostrado pela análise da ferramenta *Google Trends*) é manifestamente um atentado à manutenção do regime democrático. Embora o enfoque deste trabalho não tenha sido especificamente as redes sociais, e tenha tratado especialmente do interesse da população em pesquisar um assunto determinado, a intensidade das pesquisas denota e sugere uma possível empatia para com o assunto pesquisado, ou seja, de legitimar a ocorrência de uma intervenção militar.

Como decorrência lógica, considerando a interconexão entre as diversas ferramentas disponíveis na internet – das quais aqui se sobressaem os mecanismos de busca, notadamente o *Google*, e as redes sociais – depreende-se que as pesquisas em massa são sucedidas por publicações análogas, ou seja, de compartilhamentos que contêm alto poder de contágio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018. **Decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999. **Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

GOOGLE TRENDS. Ferramenta de contabilização de dados de busca. Disponível em: <https://trends.google.com.br/trends/?geo=BR>. Acesso em: 20 jul. 2019.

INTERVENÇÃO MILITAR CONSTITUCIONAL JÁ! Grupo público. Facebook. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/groups/257299714395248/>. Acesso em: 27 jul. 2019.

PODER 360. **Em evento da maçonaria, general do Exército propõe intervenção militar.** *YouTube*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=p54iVJoKUVs>. Acesso em 20 jul. 2019.

SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas?:** momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes de novos movimentos sociais do século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

O PAPEL DA GOVERNANÇA GLOBAL NA RECONFIGURAÇÃO DO DIREITO NO HORIZONTE DA MODERNIDADE REFLEXIVA: UMA APRESENTAÇÃO

Data de aceite: 27/02/2020

Data de submissão: 21/11/2019

Julia Martins Tiveron

Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo
São Paulo – SP
<http://lattes.cnpq.br/4259833785545983>

RESUMO: Nesse artigo pretende-se apresentar a temática desenvolvida, pela mesma autora, como projeto de dissertação de mestrado no âmbito da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo. Este trabalho dedica-se ao exame de um tema que vem adquirindo centralidade, embora ainda pouco explorado na sociologia jurídica, qual seja: a governança global. A partir do trabalho de Giddens sobre a globalização e a mudança de paradigma sofrida pelos Estados nacionais, busca-se analisar a mudança pela qual esse passou no que diz respeito ao seu papel de ator principal na regulação jurídica. Procura-se com enfoque especial na obra de André-Jean Arnaud realizar uma análise da passagem de uma forma de governo à forma da governança no processo de tomada de decisão complexa, a qual remete a uma nova ordem de produção jurídica que deve ser considerada diante do contexto de alta modernidade.

PALAVRAS-CHAVE: Anthony Giddens; Estado-nação; Governança.

THE ROLE OF GLOBAL GOVERNANCE IN THE RECONFIGURATION OF LAW ON THE HORIZON OF REFLECTIVE MODERNITY: A PRESENTATION

ABSTRACT: This article intends to present the theme developed by the same author, as a master's dissertation project within the Faculty of Law, University of São Paulo. This paper is dedicated to the examination of a theme that has been acquiring centrality, although still little explored in legal sociology, namely: global governance. From Giddens' work on globalization and the paradigm shift suffered by the nation states, we seek to analyze the change that he underwent with regard to his role as the main actor in legal regulation. A special focus is given to André-Jean Arnaud's work to analyze the transition from one form of government to the form of governance in the complex decision-making process, which refers to a new order of legal production that must be considered before from the context of high modernity.

KEYWORDS: Anthony Giddens; National State, Governance.

1 | INTRODUÇÃO

Esse artigo pretende apresentar a pesquisa que vem sendo desenvolvida

pela mesma autora, no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo. Trata-se de uma Dissertação de Mestrado, intitulada “O papel da governança global na reconfiguração do Direito no horizonte da modernidade reflexiva”.

Para tal intuito, opta-se por dividir a apresentação do trabalho em quatro itens. O primeiro, denominado “interesse pela pesquisa”, traz as linhas principais do tema escolhido. Busca-se apresentar que o interesse para o desenvolvimento da pesquisa parte de uma diversidade de possíveis abordagens da “modernidade”, bem como a escolha pela perspectiva de Anthony Giddens, a qual se designa “modernidade reflexiva” ou “modernidade radical”.

No item que se segue, “objetivos da pesquisa e método de análise empregado”, prossegue-se na indicação da relação existente entre a teoria da modernidade reflexiva apresentada e a análise da mudança do papel do Estado-nação no contexto da globalização. Essa temática, por sua vez, liga-se às transformações pelas quais passou o sistema jurídico nessa fase radical da modernidade. Por meio dos autores selecionados, introduz-se o objeto central: a governança global.

Dando continuidade, o item denominado “a governança global na perspectiva de André-Jean Arnaud” apresenta essa nova forma de regulação jurídica, a que se designa “governança”. Procura-se apresentar suas características principais, com destaque para sua relação com o termo “governo” e sua atuação na reconfiguração do processo de tomada de decisões na modernidade avançada. Indica-se, ainda, como objeto a ser desenvolvido na referida dissertação, a relação que existe entre a governança e o Direito.

Por fim, nas “conclusões parciais da pesquisa”, indicam-se as conclusões a que se chegou, até o momento, na presente pesquisa. Essas compreendem, dentre outras, a posição particular adotada por Anthony Giddens e André-Jean Arnaud no que se refere ao papel do Estado-nação na sociedade globalizada. A nova participação do Estado nacional no processo de tomada de decisão, que passa a se dar, ao lado de atores, até então marginalizados, leva à consideração dos riscos implicados nessa nova forma de regulação jurídica.

2 | INTERESSE PELA PESQUISA

Originalmente, a intenção que moveu o desenvolvimento desse trabalho consistiu no interesse pelo estudo das mudanças sociais que sobrevieram do fenômeno a que se denomina “modernidade”. Ao lado dessa questão, a indagação que se apontava consistia em entender que papel ainda exerce, diante desse contexto moderno, especialmente caracterizado pelo fenômeno da globalização, a estrutura política

tradicional associada ao Estado-nação. Uma vez que muitos proclamam o fim dessa forma estatal, o que dizer de um Direito que aparece de forma quase indissociável daquela estrutura política?

São muitas as leituras que procuram esclarecer o que vem a ser a “modernidade”, tratando-se de um fenômeno multifacetário e por isso de difícil definição (LATOURET, 2013, p. 15). Destaca-se, então, como uma perspectiva a ser explorada que trabalha a passagem de uma “modernidade simples” à chamada “modernidade reflexiva” tal como é trabalhada por Anthony Giddens, que, por suas características, apresenta um potencial de dar conta da complexidade que caracteriza a sociedade contemporânea (GIDDENS, 1991, p. 49). Para o referido autor, a sociedade moderna é aquela emergida da ordem pós-feudal e consolidada no século XX (GIDDENS, 1991, p. 11) – é caracterizada por uma significativa descontinuidade com relação às sociedades anteriores (CAPELLER, 2011, p. 97). Giddens (1991, p. 16) aponta duas tendências que marcam esta mudança: o dinamismo e a globalização, próprios da sociedade moderna.

Os primeiros autores que vieram a discutir a globalização, no final do século XIX, enxergavam como certo que à crescente interconexão global sucederia um “governo mundial” (ARNAUD, 2006, p. 223; 2007, p. xviii). Os Estados nacionais, por vezes, especialmente diante de crises de âmbito global que assolam nossa modernidade, perdem seu poder de convencimento, vê-se, assim, cada vez mais, decisões sendo tomadas à margem da regulação jurídica estatal (ARNAUD, 2006, p. 119).

A economia contemporânea, bem como outras relações no mundo globalizado, segue uma dinâmica própria que não se enquadram mais na lógica dos procedimentos normativos clássicos. Estas relações tornam-se os novos *locus* de decisão que atuam em uma dimensão de tempo e espaço diversa daquela idealizada para os Estados nacionais; dessa forma, aparece a tendência para poliarquia, tanto no espaço nacional como naqueles que se encontram aquém e além deste. Assim, a globalização representa uma transformação, tanto na função dos Estados quanto para as fontes de produção normativa e legitimação do Direito (FARIA, 2011, p. 37).

Diante das mudanças que ocorreram na posição do Estado-nação como detentor do monopólio da produção normativa e em sua capacidade de cumprir com todas as expectativas de uma reivindicação cada vez mais ampla de direitos sociais, como estas atividades estão sendo desempenhadas no cenário atual? Como o Direito atua em uma globalização que, sendo econômica, não é nem política e nem jurídica? Nesta nova ordem, quais os mecanismos jurídicos que aparecem para dar forma às relações jurídicas que são formadas?

Na tentativa de responder a essas perguntas, destaca-se a análise de um instrumento de regulação de um tipo novo. Trata-se do fenômeno da governança. Esta, por sua vez, é vista como uma nova via de tomada de decisão que estaria

mais apta a se adequar ao cenário da sociedade contemporânea. Difere em muitos aspectos do regime jurídico tradicional baseado nos ideais positivistas de regulação jurídica (ARNAUD, 2007, p. 251).

3 | OBJETIVOS DA PESQUISA E MÉTODO DE ANÁLISE EMPREGADO

O objetivo desta análise é criar apontamentos sobre o fenômeno a que se designa por modernidade reflexiva na especificidade dos aspectos desta que influenciam, mais ou menos diretamente, a configuração do mundo contemporâneo, caracterizado pela interligação das diversas interações sociais a nível global. Destaca-se neste ponto as mutações que sofre o Estado-Nação no contexto da sociedade globalizada da alta modernidade (ARNAUD, 1999, p. 174). Essas mutações compreendem uma nova concepção do papel do Estado nacional no exercício da sua soberania e na sua prerrogativa de “dizer o Direito” (ARNAUD, 1997, p. 28).

Propõe-se fazer uma leitura dos problemas que surgem para a regulação jurídica dentro desse contexto moderno. A partir de então, analisa-se o fenômeno central deste estudo, que se trata de um objeto que ganha destaque nas análises do contexto global contemporâneo, não obstante careça ainda de tratamento no debate jurídico adequado. Trata-se aqui do já referido instituto que se designa por “governança global” (ARNAUD, 2007, p. 150). Neste tema, abordar-se-á de forma central as obras de André-Jean Arnaud.

Com base nos estudos que vêm sendo produzidos a este respeito, esta pesquisa centra-se no desenvolvimento de três questões que se inserem no objetivo deste trabalho. Em primeiro lugar, objetiva-se delinear as características apresentadas pelo referencial teórico adotado que marcam esta configuração social chamada “modernidade reflexiva”. A partir desta perspectiva, enfoca-se as mudanças que o instituto político-jurídico do Estado nacional sofreu ao longo das últimas décadas, decorrentes das mudanças sociais acima delineadas (ARNAUD, 2007, p. 21).

Esta análise preliminar visa colocar a fundação na qual se apresentam as atuais condições pelas quais a regulação jurídica atua no contexto contemporâneo. Assim, inserem-se, na discussão o tema central desta pesquisa, as contraposições que figuram nessa nova forma de regulação, quando comparada a um modelo dito “tradicional”. Por esse último, a que se designa “regulação jurídica”,

entendemos geralmente esse tipo de regulação social que passa pelo canal do direito. [...] quando falamos de direito, entendemos geralmente um conjunto de regras positivas estabelecidas e controladas pelo Estado, o “direito imposto”. Dizer o direito, atributo da soberania estatal segundo a concepção moderna do direito e do Estado, foi considerado durante muito tempo como a forma por excelência de regulação social. Essa visão nos foi legada pela filosofia “moderna”, isto é, o pensamento jurídico e político que se constitui entre o fim da Idade Média e o

Trata-se, então, de abordar o fenômeno da governança global nesse cenário marcado por profundas mudanças nos diversos aspectos apresentados. Em um contexto no qual as ferramentas teóricas disponíveis até então tornam-se obsoletas e as novas estruturas e relações de poder implicam novas formas de produção e operação jurídicas (KOERNER, 2006, p. 147)

A abordagem do objeto específico escolhido – o fenômeno da governança global no contexto atual – far-se-á seguindo algumas questões que se destacam nesse âmbito. Uma questão que se coloca é a forma como se dá a passagem de um modelo de gestão pautado pela ideia de um governo, exercido por um Estado nacional nos moldes tradicionais, para um modelo de gestão eficaz que é a governança (ARNAUD, 2014, p. 103). Nesse ponto passa-se a focar as mudanças que se dão nos processos de tomada de decisão e de regulação jurídica nesse contexto novo (VILLAS BÔAS FILHO, 2016a, p. 693-694).

A metodologia dessa pesquisa consiste na revisão bibliográfica das principais obras dos autores escolhidos voltadas à análise do tema em questão. Diante do objetivo voltado à prática interdisciplinar, são enfocados autores da Sociologia Geral e da Sociologia do Direito. No que se refere à Sociologia Geral, optou-se por focar a obra de Anthony Giddens, notadamente no que se refere à sua teoria da estruturação e às considerações acerca da modernidade reflexiva.

A escolha pelo referido autor se deu pela razão de que se trata de um teórico que vem observando as mudanças sociais que se deram especialmente na última metade de século, o que se evidencia por seus estudos dedicados à mudança no cenário político após a Guerra Fria – dando origem ao que ficara conhecido como “terceira via” –, aqueles voltados às transformações que resultaram na formação da União Europeia, bem como no que concerne à questão climática (CAPELLER, 2011, p. 202-203).

Trata-se ainda de um autor que, tendo produzido uma obra de grande envergadura, concilia um estudo da sociedade como tal com uma abordagem voltada à formulação de uma teoria social, o que se entende consistir também em um fator a mais que contribui para enriquecer sua análise tal (MARTUCCELLI, 2013, p. 429).

Apesar disso, ainda são poucos os trabalhos que se dedicaram ao estudo de sua obra no âmbito da academia brasileira. Esse número se escasseia ainda mais quando se observa a produção dentro das faculdades de Direito. Uma vez que o autor nunca se voltou ao estudo do Direito, são pouquíssimas as referências a sua obra.

Nesse sentido, na pesquisa realizada, até o momento, foram levantados 70 trabalhos no banco de dissertações e teses da Universidade de São Paulo que faziam

menção a Anthony Giddens. Dentre esses, apenas dezoito abordaram as teorias do autor, de forma central na condução da pesquisa. Do total de trabalhos encontrados sete foram desenvolvidos na Faculdade de Direito, sendo que cinco fazem menção apenas lateral ao autor (no corpo do texto) e dois o abordam de forma mais focada, nos quais o nome do autor foi localizado no índice, resumo ou palavras-chave.

Partindo-se do pressuposto de que cada contexto histórico e social determina a construção do pensamento científico como um todo e especialmente o conhecimento da própria sociedade, vislumbra-se que o cenário que se desvela nas últimas décadas representa uma mudança em relação ao paradigma tradicional. Neste sentido, torna-se essencial a configuração de novas bases e novos conceitos aptos a descreverem uma nova realidade. Cabe aos pesquisadores contemporâneos delinear, mediante a observação de uma nova configuração de sociedade, um novo arcabouço teórico e conceitual apto a esta descrição (GIDDENS; SUTTON, 2017, p. 22-23).

Assim, o intuito desse trabalho consiste em se utilizar um instrumental teórico-sociológico pouco explorado no campo de estudo do Direito para uma tentativa de compreensão das mudanças radicais que o sistema político e o sistema jurídico testemunharam nas últimas décadas. Para a utilização dos conceitos fundamentais desenvolvidos por Giddens no estudo do Direito, procura-se utilizar os aportes fornecidos por autores que trabalharam de forma mais detida a Sociologia do Direito, dentre os quais destaca-se Niklas Luhmann e Boaventura de Sousa Santos. Apesar das perspectivas bastante diversas dos autores, pretende-se apontar que ambos apresentam preocupações que unem as transformações sociais com as mudanças jurídicas propriamente ditas.

4 | A GOVERNANÇA GLOBAL NA PERSPECTIVA DE ANDRÉ-JEAN ARNAUD

O conceito de governança ganha destaque a partir dos anos oitenta, no discurso de órgãos como Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. É essencialmente caracterizado pela ideia de gestão eficaz, compreendendo uma noção de maior abertura às instituições não estatais e à sociedade civil no processo de tomada de decisões. Assim, trata-se de uma via de atualização das formas de regulação jurídica às necessidades de um novo contexto social global (ARNAUD, 2006, p. 147; 2007, p. 277; 2014, p. 23).

Contudo, deve-se destacar ainda, que se trata de um fenômeno multifacetário, sendo até mesmo mais correto falar-se em “governanças”, no plural. Isto se dá porque, como se verifica na abordagem dos mais diversos autores que analisam o tema, trata-se de um fenômeno que se desdobra em âmbitos de ação variados. Assim, na perspectiva de André-Jean Arnaud, falar-se-ia em “governança empresarial”,

“governança global”, “governança regional”, “governança nacional” e “governança local” (ROSENAU, 2000, p. 18; VILLAS BÔAS FILHO, 2016a, p. 670).

Para os fins deste trabalho, pretende-se focar a chamada “governança global”. Esta aparece como aquela prática desenvolvida, especialmente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, que possuía a finalidade de articular uma forma de gestão das questões globais, no nível das organizações e agências internacionais (DELPANQUE, 2006, p. 238). Neste âmbito, diferentemente do que se via na tradicional concepção de regulação jurídica estatal, caracterizada pela sua verticalidade e positividade, verifica-se a passagem progressiva para um sistema de gestão em “rede” e uma ausência de produção normativa ordenada (ARNAUD, 2007, p. 251).

A ambiguidade conceitual contida no termo “governança” torna árdua a tarefa de delinear seus contornos conceituais (BARON, 2003, p. 330). O sistema de governança implica a conjugação de mecanismos institucionalizados e normatizados de atuação com aspectos de orientação intersubjetiva. Isto decorre justamente da diversidade de atores presentes no cenário mundial que reivindicam a posição de autoridade, abrangendo não somente os Estados nacionais, mas também as organizações internacionais e a sociedade civil (ROSENAU, 2000, p. 18; VILLAS BÔAS FILHO, 2016a, p. 675).

Assim, propõe-se identificar o contexto no qual se desenvolve esta nova forma de regulação, bem como quais são suas características principais. Isto deve ser feito mediante a contraposição com um modelo tradicional de regulação, pautado por um modelo tradicional de Estado nacional. Sobre este plano o problema proposto é identificar a forma de atuação que a governança global exerce sobre a tomada de decisões de repercussão global, e o que isto significa para a tradicional regulação jurídica estatal (SIMOULIN, 2003, p. 315).

Sublinha-se que o tratamento destas questões far-se-á sobre o panorama teórico de uma sociedade compreendida como a radicalização da modernidade, denominada “modernidade reflexiva”, na qual a predominância do risco e da contingência apontam para um cenário sempre incerto e em grande medida imprevisível (GIDDENS, 1991, p. 17). Nesse contexto, apresenta-se como questão-problema dessa pesquisa a compreensão de como as práticas de governança global – produto do processo de globalização – vem contribuindo para mudar os modos de regulação jurídica.

A temática central escolhida – o tema da governança global – vem adquirindo uma considerável centralidade no debate sociológico acerca do desenvolvimento das instituições cuja abrangência transpassa o contexto nacional (CHEVALLIER, 2005, p. 129-130). Contudo, sob alguns aspectos, trata-se de uma questão que não tem sido devidamente debatida no âmbito jurídico, não obstante sua total relevância e pertinência nesse campo. A hipótese de que o fenômeno da governança existiria

à margem do sistema jurídico pode ser uma explicação para essa indiferença (CHEVALLIER, 2003, p. 205).

Contudo, se se entende que a governança e o Direito apresentam-se como fenômenos indissociáveis, seja pela tendência à juridicização da governança, seja pela influência que ela exerce nos modos tradicionais de regulação jurídica, torna-se indiscutível a necessidade de uma visão conjunta destes temas (CHEVALLIER, 2005, p. 135). Assim, verifica-se que estas questões abordadas são de importância fundamental para o estudo e a compreensão de relevantes temas centrais no debate social e jurídico atual.

5 | CONCLUSÕES PARCIAIS DA PESQUISA

O presente trabalho encontra-se em andamento, de modo que as conclusões extraídas até o momento são tão somente parciais. Destaca-se que, no que se refere às considerações acerca da caracterização da modernidade reflexiva, no pensamento de Anthony Giddens, que essa se diferencia do conjunto de teorizações produzidas sobre a “pós-modernidade” fundamentalmente por entender o momento no qual se encontra a sociedade contemporânea como uma exponenciação, uma radicalização das mudanças que advieram com a modernidade (GIDDENS, 1991, p. 58; 2011, p. 22). Nesse contexto, a reflexividade adquire um novo significado, na medida em que possui centralidade no modo como se desenvolve a reprodução social (GIDDENS; SUTTON, 2017, p. 63-64; GIDDENS, 1991, p. 49).

As mudanças dos princípios que caracterizam a modernidade para aqueles que ganham destaque nesse contexto de modernidade avançada ou reflexiva se fazem sentir em duas estruturas fundamentais para a sociedade contemporânea: a Ciência e o Direito (SOUSA SANTOS, 2011, p. 48). No que toca ao Direito, os princípios modernos o universalismo, da simplicidade e da segurança se veem afastados pelos princípios do relativismo, da complexidade e pela ideia de risco (LUHMANN, 1983, p. 45-46; 2016, p. 43). Essa mudança decorre, em grande parte, daquele processo a que se denomina globalização.

Desse fenômeno de múltiplos alcances, ganha evidência os efeitos que recaíram sobre a forma política tradicional do Estado nacional. Trata-se, quando analisado no contexto histórico de meados do século XX, de um processo paradoxal, pois o mesmo momento em que se observou o auge da soberania estatal, viu-se o princípio de sua relativização (ARNAUD, 2007, p. 16-17; CHEVALLIER, 2009, p. 11). No entendimento de Giddens (2008, p. 303), se aquele momento de concertamento entre as nações deu origem aos organismos internacionais que vieram a tornar-se atores e sujeitos ao lado dos Estados, foi também naquele contexto que a soberania

nacional adquiriu seu grau mais elevado, decorrente precisamente do fato de que diversos países conquistaram o reconhecimento de sua soberania pelos demais, reconhecimento este que é fundamental para a consolidação da soberania.

Disso depreende-se que não se pode simplesmente afirmar o enfraquecimento do poder dos Estados nacionais no contexto da globalização sem outras considerações. Trata-se de um processo mais multiforme do que pode parecer em um primeiro momento. Isso porque, na mesma medida em que ele passa a rivalizar com outros atores que adquirem relevância, tanto no cenário nacional quanto transnacional, o Estado adquire novos papéis através dos quais se fortalece (CHEVALLIER, 2003, p. 211-212).

Constata-se, contudo, que diante dessas transformações, o Estado nacional não é mais o único ator interessado na regulação social, uma vez que agora, em diversos âmbitos, coexistem as organizações internacionais, com organizações não-governamentais, com outras formas de organização de caráter privado e com diversas manifestações da sociedade civil. Esse cenário no qual coexistem diversos atores é marcado pela complexidade e pela dinamicidade nas mudanças sociais. Fala-se, então em “policentricidade” para designar esses diversos centros que procuram influenciar a produção normativa (ARNAUD, 2006, p. 346).

Em muitos desses centros, a produção normativa não se dá mais pela clássica estrutura designada *top-down*, marcada pela territorialidade, pela autoridade estatal, pela hierarquização e pela verticalidade. A negociação e a contratualização adquirem preponderância sobre as clássicas normas gerais, abstratas e impessoais. Os códigos privados desenvolvidos pelas grandes corporações possuem a imperatividade antes associada aos ordenamentos jurídicos nacionais. Diferentemente da visão tradicional dos direitos nacionais e mesmo do direito internacional, essas novas formas de normatizações implicam a existência de diversos atores que não podem mais ser colocados em uma relação vertical (ARNAUD, 1999, p. 181-182; FARIA, 2002, p. 25).

Diante da perda de capacidade da forma jurídica tradicional de estabilizar as relações nesse contexto de complexidade (LUHMANN, 1983, p. 52), novas expressões procuram dar conta dessa realidade. Nessa tentativa de abarcar as novas formas de regulação social desponta-se instrumental fornecido pela ideia de governança. Essa procura através de novos meios de organização, abranger a participação desses diversos atores que ganham destaque (ARNAUD, 2014, p. 25; VILLAS BÔAS FILHO, 2016a, p. 675).

Essa nova forma não aparece sem trazer consigo uma série de riscos que devem ser considerados (ARNAUD, 2014, p. vii). Nesse sentido destacam-se os desafios apresentados à democracia, diante das suas implicações em questões que dizem respeito a como assegurar a simetria da participação e a legitimidade

das decisões tomadas (ARNAUD, 2007, p. 145; VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 152). Porém, esses riscos não excluem a utilidade da ferramenta em que consiste a governança como forma de tomada de decisão e regulação social (ARNAUD, 2014, pp. 294-295).

6 | CONCLUSÃO

Esse artigo procurou apresentar, em linhas gerais, a temática a ser desenvolvida na dissertação de mestrado da presente autora, que se encontra em andamento no programa de pós-graduação, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Conforme buscou-se indicar, na referida pesquisa pretende-se verificar, através das obras selecionadas, ao menos uma parcela do que vem se desenvolvendo em torno das questões propostas. Assim, procurar-se-á abordar alguns aspectos das teorias sociais apresentadas e o seu modo de compreensão e descrição desta realidade denominada modernidade, com especial atenção para o que se compreende por “alta modernidade” ou, ainda, “modernidade reflexiva”. Notadamente far-se-á esta abordagem a partir da construção teórica de Anthony Giddens, partindo de sua Teoria da Estruturação.

Assim, destacou-se como temas gerais desta pesquisa: a construção teórica de Anthony Giddens no que toca à sua abordagem da sociedade moderna, a partir dos instrumentos fornecidos por sua Teoria da Estruturação; as considerações em torno do contexto social contemporâneo, caracterizado pela interligação global das interações sociais; as influências que estas mudanças em curso exercem sobre a concepção tradicional do regime político estatal e sua forma de regulação jurídica – marcada pela positividade e verticalidade –; e, por fim, o papel que o instrumento de gestão denominado “governança global” vem exercendo nesta nova configuração social.

Esse caminho delineado visa colocar em questão o papel que o instrumento da governança global vem exercendo em temáticas de repercussão global, nas quais o Direito exerce uma função de estabilização, até o momento imprescindível. A multiplicidade de perspectivas que este fenômeno da governança compreende aponta a necessidade de um amplo debate no qual diversos referenciais podem contribuir para a sua compreensão, sendo esta articulação uma função essencial a ser desempenhada pelo âmbito acadêmico e aqueles que neste se inserem. Com esta análise objetiva-se contribuir, mediante a abordagem e o instrumental teórico de autores que exercem um papel relevante no debate sociológico e jurídico atual, para uma questão de profunda atualidade e relevância para o mundo jurídico.

REFERÊNCIAS

- ARNAUD, André-Jean. **De la regulation par le droit à 1'heure de la globalisation.** Quelques observations critiques. *Droit et société*, n.35, p. 11-35, 1997.
- ARNAUD, André-Jean. **O Direito Entre Modernidade e Globalização.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.
- ARNAUD, André-Jean. Decisão (Tomada de –). *In:* ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Dicionário da Globalização.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, p. 114-119, 2006.
- ARNAUD, André-Jean. Globalização. *In:* ARNAUD, André-Jean; ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Dicionário da Globalização.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, p. 221-227, 2006.
- ARNAUD, André-Jean. Policentricidade. *In:* ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Dicionário da Globalização.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, p. 346-347, 2006.
- ARNAUD, André-Jean. **Governar Sem Fronteiras:** Entre Globalização e Pós-globalização. Crítica da Razão Jurídica, v. 2. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.
- ARNAUD, André-Jean. **La gouvernance.** Un outil de participation. Paris : Droit & Société LGDJ – lextenso éditions, 2014.
- BARON, Catherine. **La gouvernance:** débats autour d'un concept polysémique. *Droit et Société*, v. 54 n. 2, p. 329-349, 2003. Disponível em: < <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2003-2-page-329.htm>>. Acesso em: 20 de julho de 2018.
- CAPELLER, Wanda. **Relire Giddens:** entre sociologie et politique. *Collection Droit et soieté.* Paris: Lextenso Éditions, 2011.
- CHEVALLIER, Jacques. **La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ?** *Revue française d'administration publique*, n. 105-106, p. 203-217, 2003/1.
- CHEVALLIER, Jacques. **A governança e o direito.** *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, v. 3 n. 12, Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 129-131, 2005.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DELPLANQUE, Marc. Governança Global. *In:* ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (org.). **Dicionário da Globalização.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, p. 237-241, 2006.
- FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2002.
- FARIA, Jose Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- GIDDENS, Anthony. **O Estado-nação e a violência.** São Paulo: EDUSP, 2008.
- GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social.** São Paulo: Editora Unesp, 2011.
- GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos essenciais de sociologia.** São Paulo: Editora Unesp, 2017.
- KOERNER, Andrei. Direito. *In:* ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (org.). **Dicionário**

da Globalização. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, p. 144-152, 2006.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**. São Paulo: Editora 34, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Petrópolis-RJ: Vozes, 2016.

MARTUCCELLI, Danilo. **Sociologías de la Modernidad**. Itinerario del siglo XX. Santiago: LOM ediciones, 2013.

ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial, pp. 11-46 *In*: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst Otto (org.). **Governança sem governo**: ordem e transformação na política mundial. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

SIMOULIN, Vincent. **La gouvernance et l'action publique: le succès d'une forme simmélienne**. *Droit et Société*. n. 54, p. 307-326, 2003/2

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. – Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática. v. 1. São Paulo: Cortez, 2011.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **A governança em suas múltiplas formas de expressão**: o delineamento conceitual de um fenômeno complexo. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 2, p. 670-706, 2016a.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O impacto da governança sobre a regulação jurídica contemporânea**: uma abordagem a partir de André-Jean Arnaud. *Revista Eletrônica de Direito e Sociologia*, Canoas, v. 4, n. 1, p. 145-171, maio 2016b.

O SUICÍDIO COMO GRAVE PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA: UMA VISÃO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS E A NOVA POLÍTICA NACIONAL DE PREVENÇÃO

Data de aceite: 27/02/2020

Data de submissão: 27/11/2019

Diego dos Santos Difante

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Especialista em Direito Público pela FADISMA e em Direito Tributário pela FGV-RIO. Advogado. Santa Maria – RS.

<http://lattes.cnpq.br/1910964264380931>

RESUMO: A Organização Mundial da Saúde reconheceu, em 2014, o suicídio como questão prioritária de saúde pública. Em 2018, a Organização Pan-Americana da Saúde apontou que o suicídio foi a segunda principal causa de mortes entre jovens de 15 a 29 anos em todo o mundo no ano de 2016. A taxa média brasileira de suicídio é de 5,8 por 100 mil habitantes (em 2016). Frente a esses dados, o objetivo deste estudo é averiguar se o suicídio é um grave problema de saúde pública, verificar possíveis violações de direitos humanos no acolhimento da população em risco de suicídio e qual o tratamento legislativo dispensado pelo Brasil ao tema. Para isso, foi utilizado o método de abordagem dedutivo e método de procedimento monográfico, analisando-se documentos de organizações internacionais, estudos de direitos humanos dos pacientes e a legislação brasileira aplicável. Constatou-se,

efetivamente, que o suicídio é grave problema de saúde pública e que possivelmente não são respeitados os direitos humanos dos pacientes em risco de suicídio no Brasil. Ainda, observou-se que o Brasil evoluiu significativamente no enfrentamento do assunto ao publicar a Lei nº 13.819/2019, que instituiu a “Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio, a ser implementada pela União, em cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. Nessa nova política pública, há previsão expressa de uso de novas tecnologias, inclusive de mídias sociais, para o atendimento da população.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; novas tecnologias; política pública; suicídio.

SUICIDE AS A SERIOUS PUBLIC HEALTH PROBLEM: A VIEW FROM HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE AND THE NEW NATIONAL POLICY FOR IT'S PREVENTION

ABSTRACT: The World Health Organization recognized, in 2014, suicide as a priority public health issue. In 2018, the Pan American Health Organization pointed out suicide as the second leading cause of death among young people aged 15-29 worldwide, in 2016. Brazil's average suicide rate is 5.8 per 100,000 inhabitants (in 2016). Given these data, the aim of this paper

is to investigate whether suicide is a serious public health problem, to verify possible human rights violations in the reception of the population at risk of suicide and what is the legislative treatment given by Brazil to the subject. For this, the deductive approach method and the monographic procedure method were used, analyzing documents from international organizations, human rights studies of patients and the applicable Brazilian law. Indeed, it was found that suicide is a serious public health problem and that possibly the human rights of patients at risk of suicide in Brazil are not respected. It was also noted that Brazil has significantly evolved in addressing this issue by publishing Law Nr. 13,819/2019, which established the “National Policy for the Prevention of Self-Harm and Suicide, to be implemented by the Union, in cooperation with the States, the Federal District and the Municipalities”. In this new public policy, there is express provision for the use of new technologies, including social media, to serve the population.

KEYWORDS: human rights; national policy; new technologies; suicide.

1 | INTRODUÇÃO

Tratado como tabu e estigma social, o suicídio ocorre em todo o mundo. Países ricos e pobres sofrem com altas taxas de suicídio em suas populações, que chegam a representar, globalmente, a segunda principal causa de morte entre jovens de 15 a 29 anos de idade. A taxa anual mundial de suicídio, no ano de 2012, foi de 11,4 mortes por 100 mil habitantes. Em grupos vulneráveis, como refugiados, migrantes, indígenas, lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais (LGBTI), as taxas de suicídio são ainda mais elevadas. No Brasil, em 2016, a taxa média de suicídio foi de 5,8 por 100 mil habitantes, merecendo destaque o fato de que ocorreu um aumento nesse indicador da ordem de 16,8% desde 2007. Para determinadas populações, como os indígenas brasileiros, por exemplo, a taxa de suicídio chega a ser quase 3 vezes maior do que a taxa registrada para a população em geral.

Obviamente, as razões pelas quais o suicídio é cometido revelam-se um tema complexo e que envolvem muitas variáveis. A existência de doenças mentais, conflitos, desastres, violência, abusos ou perdas estão ligados ao comportamento suicida. Recentemente, episódios envolvendo o suicídio de jovens e crianças têm chamado à atenção e, quando se analisam esses casos, observa-se que a influência das redes sociais e da *internet* são elementos de presença quase que constante. De fato, as informações sobre suicídio, sugestões e instigações ao ato estão presentes e facilmente acessíveis na rede.

Por outro lado, a população em risco de suicídio necessita de um acolhimento por parte do Estado através de atendimento médico de urgência ou tratamento contínuo. Conseqüentemente, há uma série de direitos humanos que devem ser rigorosamente observados ao longo do atendimento dessas pessoas, principalmente

porque a tentativa é o principal fator preditivo do suicídio e é indispensável que se adote uma postura séria e condizente com o grau de relevância do tema.

Assim, este artigo propõe-se a demonstrar que o suicídio é um grave problema de saúde pública, além de verificar quais as possíveis violações aos direitos humanos que são constatadas no tratamento dispensado à população em risco de suicídio e qual a postura legislativa adotada pelo Brasil com relação ao assunto. Para isso, o trabalho faz uma análise de dados oferecidos por organizações internacionais e nacionais sobre o suicídio, delimita um marco de direitos humanos aplicáveis à população em risco de suicídio e traz indícios de possíveis violações desses direitos. Ao final, faz um breve histórico da legislação brasileira sobre o ponto, com destaque especial para a nova Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio.

Para isso, foi utilizado o método de abordagem dedutivo e método de procedimento monográfico, analisando-se documentos de organizações internacionais, estudos de direitos humanos dos pacientes e a legislação brasileira aplicável. Trata-se de uma concisa pesquisa exploratória das questões levantadas, com o objetivo de proporcionar uma maior familiaridade com o tema e funcionar como ponto de partida para futuros estudos mais específicos e aprofundados.

2 | O SUICÍDIO COMO GRAVE PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA

A 66ª Assembleia Mundial da Saúde, realizada em 2013, adotou o primeiro plano de ação sobre saúde mental da história da Organização Mundial da Saúde (OMS). Esse plano propôs aos Estados Membros o máximo compromisso com a saúde mental da sua população, estabelecendo como meta a redução de 10% das taxas de suicídio nos países até o ano de 2020. (OMS, 2013, p. 20)

Já no relatório intitulado “Prevenção do suicídio: um imperativo global”, publicado em 2014, a OMS reconheceu o suicídio como questão prioritária de saúde pública. O documento aponta que foram registradas 804 mil mortes por suicídio no ano de 2012, o que representa uma taxa anual mundial de 11,4 mortes por 100 mil habitantes (15 entre homens e 8 entre mulheres). Referido relatório também afirma que, muito provavelmente, esses números devem ser maiores, pois há uma evidente subnotificação dos casos pelos serviços públicos de saúde e de polícia locais. Mesmo nos países com bons dados de registro, o suicídio pode estar classificado como outro tipo de morte. (OMS, 2014, p. 07)

Conforme a OMS, o suicídio é expressiva causa de mortes no mundo inteiro, com algumas características relevantes:

Nos países ricos suicidam-se três vezes mais homens que mulheres, mas nos de baixa renda e média renda a razão homem/mulher é muito menor, de 1,5 homens por cada mulher. A nível mundial, os suicídios representam 50% de todas as mortes

violentas registradas entre homens e 71% entre as mulheres. Com respeito à idade, as taxas de suicídio são mais elevadas entre as pessoas de 70 anos de idade ou mais, tanto entre os homens como entre as mulheres, em quase todas as regiões do mundo. Em alguns países, as taxas de suicídio são mais elevadas entre jovens, e a nível mundial o suicídio é a segunda causa principal de morte no grupo de 15 a 29 anos de idade. A ingestão de pesticidas, o enforcamento e o uso de armas de fogo se encontram entre os meios mais frequentemente utilizados para o suicídio a nível mundial, mas também se recorrem a muitos outros métodos, que variam segundo o grupo da população. (OMS, 2014, p. 07)

Ainda, na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização para as Nações Unidas (ONU), elaborada em 2015, foi eleita como meta do Objetivo 3 (Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades) a redução em um terço da mortalidade prematura por doenças não transmissíveis por meio de prevenção e tratamento. (ONU, 2015, p. 22)

Recentemente, em Folha Informativa de agosto de 2018, a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), braço da OMS nas Américas, reconheceu que cada suicídio é uma tragédia que afeta famílias, comunidades e países inteiros. Apontou que, no ano de 2016, o suicídio foi a segunda principal causa de mortes entre jovens de 15 a 29 anos em todo o mundo, ocorrendo, em grande maioria (79%), em países de baixa e média renda. Além disso, afirmou que os grupos com vulnerabilidade acrescida sofrem com taxas de suicídio acima das médias mundiais por gênero e idade, como refugiados e migrantes, indígenas, lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexo (LGBTI), e pessoas privadas de liberdade. (OPAS, 2018)

No Brasil, segundo o Ministério da Saúde (MS), o suicídio é a quarta maior causa de morte entre jovens de 15 a 29 anos. Entre os homens dessa faixa etária, é a terceira maior causa de mortes (perde apenas para agressões e acidentes de transporte) e, entre as mulheres, a oitava maior causa. Em 2016, a taxa média de suicídio no Brasil foi de 5,8 por 100 mil habitantes. Conforme os dados existentes, verificou-se um aumento de 16,8% na taxa de suicídios entre 2007 e 2016, merecendo destaque que, para a população masculina, o acréscimo nesse mesmo período foi de 28%. (BRASIL, 2018)

A população indígena brasileira, no período de 2011 a 2015, registrou uma taxa média de suicídio de 15,2 por 100 mil habitantes, ou seja, quase 3 vezes mais que a taxa da população em geral. Ademais, nesse mesmo intervalo de tempo, 44,8% dos suicídios indígenas ocorreram na faixa etária de 10 a 19 anos (BRASIL, 2018). Para os adolescentes homossexuais, o risco de suicídio é 3 vezes maior do que para os heterossexuais e, para os transgênero, é 5 vezes maior (UNISINOS, 2018), o que demonstra claramente que há grupos de pessoas mais vulneráveis que outros.

O Rio Grande do Sul (RS), nos termos do Boletim de Vigilância Epidemiológica de Suicídio e Tentativa de Suicídio do Centro Estadual de Vigilância em Saúde (CEVS-RS), historicamente, tem as maiores taxas de suicídio do país. No ano de

2016, foram registrados 1.166 óbitos por suicídio, o que corresponde a uma taxa de 11 por 100 mil habitantes (17,8 pra homens e 4,5 para mulheres), ou seja, quase o dobro da média brasileira. (RS, 2018)

A Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP), na cartilha elaborada sob o título “Suicídio: informando para prevenir”, aponta que 17% da população brasileira já pensaram, em algum momento, em cometer suicídio. Em um universo de 100 pessoas, das 17 que tiveram um pensamento suicida, 5 planejaram, 3 chegaram à tentativa e apenas 1 foi atendida por um serviço de saúde. (ABP, 2014)

Com relação aos fatores que levam ao suicídio, há uma forte relação com os transtornos mentais, principalmente a depressão e o consumo de álcool. A desesperança, desemprego, doença, dor crônica, antecedentes familiares, questões genéticas e biológicas também são apontados pela OMS como fatores individuais que induzem ao comportamento suicida. O ambiente e as relações entre as pessoas também são considerados fatores de risco ao suicídio, pois, em cada parte do mundo, as diferenças culturais, religiosas, históricas e legais configuram distintas percepções da população em relação ao ato extremo. A própria relação da pessoa com sua família e amigos, por exemplo, pode repercutir sobre o comportamento suicida. Também são fatores de alta influência no suicídio os desastres, guerras e conflitos, deslocamentos e aculturação de povos, discriminação, traumas psicológicos ou abusos, sentimento de isolamento e falta de apoio social. (OMS, 2014, p. 36-40)

Recentemente, há uma preocupação com o papel da *internet* e redes sociais como fonte de conteúdo relacionado ao suicídio. São instigações e informações de como concretizar o suicídio que ficam facilmente ao acesso da população. Em pesquisa realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), por exemplo, que mede o uso das tecnologias de informação e comunicação (TIC) entre crianças e adolescentes no Brasil, constatou-se que, entre usuários de internet entre 11 e 17 anos, 15% já tiveram contato na rede com formas de machucar a si mesmo e 13% com formas de cometer suicídio. Especificamente com relação às meninas, 20% delas tiveram contato com conteúdo de automutilação e 17% com formas de cometer suicídio. (CGI, 2018)

Além da facilidade de encontrar na rede conteúdo relacionado com suicídio ou automutilação, é motivo de alerta a prática de violência virtual, que pode resultar no mesmo evento. No artigo intitulado “Meninas na rede: as percepções de meninas sobre a violência *on-line* de gênero”, observa-se que as consequências para as vítimas de violência de gênero na *internet*, como, por exemplo, *cyberbullying* e *revenge porn*, variam da depressão à automutilação ou suicídio:

As consequências também incluem depressão, automutilação e tentativas de suicídio. A depressão é a mais comum: embora nem sempre verbalizada, muitas das descrições dadas pelas meninas levam a crer que elas passaram por quadros

depressivos. A automutilação pareceu muito comum à realidade delas, com vários relatos. A tentativa de suicídio apareceu na fala de Mariana, que tentou se matar três vezes, motivada pelo bullying que sofreu em redes sociais. (MONTENEGRO, 2018)

Esses dados, efetivamente, sustentam a afirmação de que o suicídio é um grave problema de saúde pública. Apesar do cenário, a OPAS assevera que “os suicídios podem ser evitados em tempo oportuno, com base em evidências e com intervenções de baixo custo”. Os desafios na prevenção do suicídio são grandes e partem desde o fato de ser considerado um tabu em diversas sociedades até o pouco enfrentamento pelos países como uma prioridade de saúde. (OPAS, 2018)

3 | O SUICÍDIO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Uma vez reconhecido o suicídio como grave problema de saúde pública, cabe uma análise da questão sob a ótica dos direitos humanos. Nesse sentido, é preciso atentar que o número expressivo de mortes relacionadas ao suicídio traz outro fato também relevante: segundo a OMS, há indícios de que, para cada adulto que se suicidou, provavelmente mais de outros 20 cometeram uma ou mais tentativas de suicídio. (OMS, 2014, p. 26)

No ponto, impede destacar que a tentativa de suicídio é a principal variável preditiva individual de morte por suicídio na população geral (OMS, 2014, p. 25), ou seja, é muito provável que, após a tentativa frustrada, haverá nova incursão com o objetivo de concretizar o suicídio.

Logo, o acolhimento de quem tenta o suicídio é muito importante para a prevenção do evento. A população em risco de suicídio, obviamente, demanda uma atuação positiva do Estado ou de instituições privadas em um atendimento médico de urgência e em um acompanhamento psicossocial que perdurará por razoável período de tempo, por exemplo. Cabe compreender, nessa conjuntura, se há salvaguarda dos direitos humanos para essa população em risco de suicídio que demanda por atendimento e tratamento.

Nesse contexto, o Observatório de Bioética e Direitos Humanos dos Pacientes, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Bioética da Universidade de Brasília (UnB), com o apoio do Núcleo de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas, da Fiocruz Brasília, elaborou um Relatório sobre Direitos Humanos dos Pacientes em Risco de Suicídio, resultado de estudo temático sobre as violações de direitos humanos das pessoas em risco de suicídio no Brasil. Referido relatório foi compilado após pesquisa de campo com profissionais da área de saúde, familiares e pacientes em risco de suicídio, efetuada no ano de 2017. (UNB, 2017)

Antes da efetiva menção às observações e conclusões do aludido relatório,

é preciso apontar que os direitos humanos aplicados aos pacientes em risco de suicídio advêm dos direitos humanos dos pacientes. Conforme Aline Albuquerque explica, os direitos humanos dos pacientes são um ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, englobando o conjunto de convenções, pactos, declarações internacionais e jurisprudência internacional dos órgãos de monitoramento dos direitos humanos. Esse ramo de direito aplicado aos pacientes compartilha com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, principalmente, o princípio da dignidade humana, reconhecido como seu princípio-matriz. (ALBUQUERQUE, 2016, p. 60)

Dito isso, o Relatório sobre Direitos Humanos dos Pacientes em Risco de Suicídio coloca que os cuidados com o paciente devem, necessariamente, estar conectados com a perspectiva dos direitos humanos dos pacientes, especialmente no respeito ao direito à vida, a não ser submetido à tortura ou tratamentos cruéis, à liberdade e segurança pessoal, à vida privada, de não ser discriminado, entre outros. Para o paciente em risco de suicídio, cabe a identificação dos direitos humanos dos pacientes que lhes são aplicáveis. (UNB, 2017, p. 15-16)

Conforme o documento, há uma premência de que os cuidados em saúde para a população que tenta suicídio, sob a perspectiva dos direitos humanos dos pacientes, contemplem medidas para atenuar a recorrência da prática. O referido relatório assevera que:

Os cuidados em saúde do paciente em risco de suicídio há que ser permeado pelo imperativo da sua não discriminação pela equipe de saúde. Há um estigma associado à doença mental e ao seu tratamento, bem como às pessoas que tentam o suicídio, o qual pode conduzir a equipe de saúde a adotar comportamentos discriminatórios, que significam a distinção, exclusão ou restrição baseada na tentativa de suicídio e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício de direitos pelo paciente, o que, por si só, consiste em violação ao seu direito de não ser discriminado. (UNB, 2017, p. 18)

O relatório trouxe, ainda, um quadro-referencial com os direitos extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e condutas exemplificativas praticadas no contexto de cuidados aos pacientes em risco de suicídio, que serve para compreender e identificar violações. Vale, assim, fazer uma síntese das informações apresentadas (direito humano do paciente *versus* exemplo de conduta violadora): (UNB, 2017, p. 21-25)

Direito humano do paciente em risco de suicídio	Condutas exemplificativas de violação
Direito à vida	Ausência de profissionais capacitados na abordagem preventiva do suicídio; negligência aos aspectos psicossociais que motivaram a tentativa de suicídio.

Direito à privacidade	Monitoramento injustificado e sem critério do paciente; desrespeito à autonomia do paciente após o evento da tentativa, quando já inexistente estado de descontrole emocional; violação da confidencialidade das informações.
Direito a não ser submetido a tratamento desumano	Tratamento hostil com intenção pedagógica; desconsideração de necessidades especiais do paciente; utilização de discurso humilhante; demora proposital no atendimento; não oferecimento de analgesia; submissão à tratamento doloroso; imobilização e segregação do paciente.
Direito à informação	Faltar com informação essencial ao tratamento; deixar de informar sobre alternativas terapêuticas.
Direito à liberdade	Privação de liberdade e de contato com familiares.
Direito de não ser discriminado	Expressão de julgamentos morais e religiosos sobre a conduta do paciente; postergação proposital do atendimento; prescrição de medicação para transtornos mais severos do que o apresentado, sob a justificativa de preservação da vida.
Direito à saúde	Ausência de serviços, profissionais e encaminhamentos capazes de oferecer um adequado tratamento ao paciente.

As entrevistas realizadas com profissionais da área de saúde, familiares e pacientes para a elaboração do relatório, ainda que com o único objetivo de ilustrar o cenário dos direitos humanos dos pacientes em risco de suicídio (sem pretensão científica), acabam por indicar a ocorrência de diversas das violações citadas acima. Há relatos, por exemplo, da exposição desnecessária do corpo de paciente em unidades de saúde, da utilização de sondas gástricas mais calibrosas com o intento de causar dor no paciente, da negativa de atendimento médico em razão de tratar-se de caso de tentativa de suicídio e da realização de piadas e brincadeiras jocosas com os pacientes. (UNB, 2017, p. 36-34)

Em suma, apesar da existência de um marco referencial dos direitos humanos dos pacientes em risco de suicídio, vê-se que, conforme os pontos destacados do relatório do Observatório de Bioética e Direitos Humanos dos Pacientes, ainda não se pode afirmar que esses direitos são efetivamente respeitados no Brasil. Ainda, em sua conclusão, o mencionado relatório é enfático ao destacar a necessidade de reconhecimento do suicídio como um grave problema de saúde pública, cabendo ao Estado construir políticas e programas públicos sobre o tema, capacitar profissionais e sensibilizar a sociedade em geral. (UNB, 2017, p. 43)

4 | A POLÍTICA NACIONAL DE PREVENÇÃO AO SUICÍDIO

O Brasil, historicamente, enfrentava o tema do suicídio unicamente sob o viés penal. É claro que o direito penal não pode punir o sujeito suicida ou aquele que atenta contra a própria vida. É que, em primeiro lugar, quem já está morto não pode sofrer sanção pelo Estado e, em segundo, não parece ser útil punir aquele que tenta o suicídio, pois, além de o ato não implicar em prejuízo a bens de terceiros, provavelmente provocaria no sujeito um maior desgosto pela vida. (OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 566-567)

O art. 122 do Código Penal, contudo, tipifica a conduta de “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”. Como se observa, já que não é possível punir o próprio suicida, aquele que participar do ato, de qualquer forma, será responsabilizado.

Afastando-se da esfera penal, as primeiras medidas concretas do Estado Brasileiro em relação ao suicídio deram-se através das Diretrizes Nacionais para Prevenção do Suicídio, criadas com a publicação da Portaria nº 1.876/2006 do Ministério da Saúde (BRASIL, 2006). Referida portaria reconheceu, entre outros pontos, que o suicídio é problema de saúde pública, que é necessário o registro dos casos de suicídio e tentativas, que existem populações mais vulneráveis que outras e que a intervenção estatal é imperiosa para a redução de danos e melhoria do acesso da população em risco ao atendimento especializado. Tal norma trouxe várias diretrizes a serem organizadas e implementadas, como, por exemplo, o desenvolvimento de estratégias de promoção de qualidade de vida, a informação, comunicação e sensibilização de que o suicídio é um problema de saúde pública que pode ser prevenido e a identificação da prevalência dos determinantes e condicionantes do suicídio e tentativas. Essas medidas, conforme a portaria, deveriam ser adotadas pelas redes de saúde federal, estadual e municipal, em conjunto com as instituições acadêmicas, organizações da sociedade civil e organismos governamentais e não-governamentais, nacionais ou estrangeiros.

Com a Portaria nº 1.271/2014 do Ministério da Saúde (BRASIL, 2014), a tentativa de suicídio passou a integrar a lista nacional de notificação compulsória de doenças, agravos e eventos de saúde pública nos serviços de saúde públicos e privados. A notificação deve ser realizada à Secretaria Municipal de Saúde pelo profissional de saúde ou responsável pelo serviço social em até vinte e quatro horas após o primeiro atendimento, pelo método mais rápido disponível.

Por último, em abril de 2019, foi publicada a Lei nº 13.819 (BRASIL, 2019a), que instituiu a “Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio, a ser implementada pela União, em cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. Trata-se de lei ordinária que, efetivamente, eleva a patamar superior o

combate ao suicídio, atuando como estratégia permanente do poder público para a prevenção e tratamento dos condicionantes desse evento. Seus objetivos, a serem atingidos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com a participação da sociedade civil e das instituições privadas, estão elencados no art. 3º:

Art. 3º São objetivos da Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio:

I – promover a saúde mental;

II – prevenir a violência autoprovocada;

III – controlar os fatores determinantes e condicionantes da saúde mental;

IV – garantir o acesso à atenção psicossocial das pessoas em sofrimento psíquico agudo ou crônico, especialmente daquelas com histórico de ideação suicida, automutilações e tentativa de suicídio;

V – abordar adequadamente os familiares e as pessoas próximas das vítimas de suicídio e garantir-lhes assistência psicossocial;

VI – informar e sensibilizar a sociedade sobre a importância e a relevância das lesões autoprovocadas como problemas de saúde pública passíveis de prevenção;

VII – promover a articulação intersetorial para a prevenção do suicídio, envolvendo entidades de saúde, educação, comunicação, imprensa, polícia, entre outras;

VIII – promover a notificação de eventos, o desenvolvimento e o aprimoramento de métodos de coleta e análise de dados sobre automutilações, tentativas de suicídio e suicídios consumados, envolvendo a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os estabelecimentos de saúde e de medicina legal, para subsidiar a formulação de políticas e tomadas de decisão;

IX – promover a educação permanente de gestores e de profissionais de saúde em todos os níveis de atenção quanto ao sofrimento psíquico e às lesões autoprovocadas.

Além desses objetivos relacionados pela lei, restou expresso no art. 4º que o poder público deverá manter serviço telefônico e em outras plataformas de comunicação utilizadas pela população para o atendimento gratuito e sigiloso de pessoas em sofrimento psíquico. No mesmo escopo, poderão ser celebradas “parcerias com empresas provedoras de conteúdo digital, mecanismos de pesquisa da *internet*, gerenciadores de mídias sociais, entre outros, para a divulgação dos serviços de atendimento a pessoas em sofrimento psíquico” (art. 5º).

A notificação compulsória dos casos suspeitos ou confirmados de suicídio, tentativa de suicídio e ato de automutilação (com ou sem intenção suicida) também foi prevista na lei, obrigando os estabelecimentos de saúde públicos e privados a efetuarem a comunicação às autoridades sanitárias. Uma novidade é que, tal como as instituições de saúde, os estabelecimentos de ensino públicos e privados também deverão notificar ao conselho tutelar os casos ocorridos em suas dependências, conforme o art. 6º da referida lei.

Importante destacar que o § 3º do art. 6º da citada lei determina, expressamente, que a notificação compulsória prevista na nova legislação terá caráter sigiloso, obrigando as autoridades que a receberem de também manter o sigilo.

Em que pese tratar-se de legislação recentíssima, que sequer ultrapassou a *vacatio legis* na data da elaboração deste estudo, percebe-se que há um movimento de avanço na legislação brasileira no que toca ao tema do suicídio. Entre o reconhecimento do suicídio como grave problema de saúde pública até a implantação de uma Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio, passaram-se poucos anos.

É claro que a Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio é apenas um passo concreto na efetiva implantação de um programa abrangente e efetivo de combate ao suicídio. Todavia, uma política de estado obriga os órgãos públicos e o legislador a se debruçarem sobre o assunto, além de possibilitar a criação de um orçamento público para a implementação de medidas concretas.

5 | CONCLUSÃO

Os números apresentados pela OMS, OPAS, MS, CEVS-RS e ABP demonstram que o suicídio é um grave problema de saúde pública. Além disso, o dado de que o suicídio é a segunda maior causa de mortes no mundo entre jovens de 15 a 29 anos não pode passar despercebido. Por isso, há um movimento de órgãos internacionais para estabelecer metas aos países, no intento de diminuir essa mortalidade. Os esforços para o combate a uma questão tão complexa, de acordo com a OPAS, “necessitam de coordenação e colaboração entre os múltiplos setores da sociedade, incluindo saúde, educação, trabalho, agricultura, negócios, justiça, lei, defesa, política e mídia”. (OPAS, 2018)

Nesse contexto, como a tentativa é o principal aviso de que uma morte por suicídio está prestes a ocorrer, o acolhimento dessa população pelo Estado e instituições privadas deve ser eficaz. Para tanto, é peça chave para a reversão do quadro desenhado a demarcação e consequente observação dos direitos humanos dos pacientes em risco de suicídio, como, por exemplo, o direito à vida, à privacidade, à informação, à liberdade, de não ser submetido a tratamento desumano, entre outros. Todavia, da análise do relatório do Observatório de Bioética e Direitos Humanos dos Pacientes, vê-se indícios de que os direitos humanos dos pacientes em risco de suicídio não são efetivamente respeitados no Brasil.

Por isso, a Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio, ainda que recentíssima, é motivo de comemoração. Referida norma traçou, ao menos, as diretrizes que o Brasil deverá perseguir nos próximos anos no que toca ao grave problema de saúde pública que é o suicídio, além de representar um avanço em comparação com as normativas pretéritas.

Merece destaque a previsão na lei de que deverá haver serviço telefônico e por meio de outras plataformas de comunicação utilizadas pela população

(possivelmente a *internet*) para o atendimento da população em risco de suicídio, além da possibilidade de celebração de parceria com empresas de conteúdo digital e gerenciadoras de mídias sociais.

Em portal oficial do Governo Federal, no *site* do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), lê-se notícia de que a Lei nº 13.819/2019 passa por processo de estudo para a regulamentação e que programas governamentais relacionados à prevenção do suicídio estão sendo desenvolvidos. (BRASIL, 2019b)

Em suma, espera-se que, com o *status* de política de estado, a prevenção ao suicídio possa evoluir e, utilizando-se de ferramentas importantes como a *internet* e redes sociais, colha bons resultados em um futuro próximo.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA. **Suicídio**: informando para prevenir. Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.abp.org.br/cartilha-combate-suicidio> Acesso em: 05 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.819, de 26 de abril de 2019**. 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13819.htm Acesso em: 05 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Ministério lança vídeo em alerta à disseminação de conteúdo sobre suicídio e automutilação**. Brasília, 2019b. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/junho/ministerio-lanca-video-em-alerta-a-disseminacao-de-conteudo-sobre-suicidio-e-automutilacao> Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Novos dados reforçam a importância da prevenção do suicídio**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/44404-novos-dados-reforcam-a-importancia-da-prevencao-do-suicidio> Acesso em: 05 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.271, de 6 de junho de 2014**. Brasília, 2014. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt1271_06_06_2014.html Acesso em: 05 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.876, de 14 de agosto de 2006**. Brasília, 2006. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt1876_14_08_2006.html Acesso em: 05 jul. 2019.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil**: TIC kids online Brasil 2017. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.cetic.br/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-da-internet-por-criancas-e-adolescentes-no-brasil-tic-kids-online-brasil-2017/> Acesso em: 05 jul. 2019.

MONTENEGRO, Luísa Martins Barroso, et al. **Meninas na rede**: as percepções de meninas sobre a violência on-line de gênero. Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC kids online Brasil 2017. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.cetic.br/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-da-internet-por-criancas-e-adolescentes-no-brasil-tic-kids-online-brasil-2017/> Acesso em: 05 jul. 2019.

OLIVEIRA, Diego Bianchi de; SILVA, Ricardo Guilherme Silveira Corrêa. **O viés digital do suicídio**: instigação, induzimento e auxílio ao suicídio em ambientes virtuais. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis, 2015. Disponível em: <http://conpedi.danielr.info/>

publicacoes/66fsl345/393xa7s7/K17h9B8o6pFxz4N2.pdf Acesso em: 05 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** Nova Iorque, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/> Acesso em: 05 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Plan de acción sobre salud mental 2013-2020.** Genebra, 2013. Disponível em: https://www.who.int/mental_health/action_plan_2013/es/ Acesso em: 05 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Prevención del suicidio: un imperativo global.** Washington, DC: OPS, 2014. Disponível em: https://www.who.int/mental_health/suicide-prevention/es/ Acesso em: 05 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Folha informativa – Suicídio.** 2018. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5671:folha-Informativa-suicidio&Itemid=839 Acesso em: 05 jul. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria Estadual da Saúde. Centro Estadual de Vigilância em Saúde. **Boletim de Vigilância Epidemiológica de Suicídio e Tentativa de Suicídio.** Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://cevs.rs.gov.br/suicidio> Acesso em: 05 jul. 2019.

UNISINOS. Instituto Humanitas. **Risco de suicídio triplicado.** O que fazer para os jovens homossexuais? 2018. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/584639-risco-de-suicidio-triplicado-o-que-fazer-para-os-jovens-homossexuais> Acesso em: 05 jul. 2019.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Programa de Pós-Graduação em Bioética. **Relatório sobre Direitos Humanos dos Pacientes em Risco de Suicídio no Brasil.** Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.observatoriopaciente.com.br/2017/09/19/relatorio-sobre-direitos-humanos-dos-pacientes-em-risco-de-suicidio-no-brasil/> Acesso em: 05 jul. 2019.

OS DESAFIOS DA CRISE CONTEMPORÂNEA DAS DEMOCRACIAS PARA A EFETIVAÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Data de aceite: 27/02/2020

Aline Albuquerque

Pos-Graduacao em Bioetica da UnB

RESUMO: Este artigo tem como escopo analisar os impactos negativos da crise das democracias sobre os direitos humanos, conformados na DUDH, notadamente os direitos civis e políticos, e a função da cultura de direitos humanos no enfrentamento do fim das democracias. Trata-se de estudo teórico, que se alicerça nas pesquisas desenvolvidas por Morsink e Freeman acerca da DUDH, de Levitsky e Zibblatt e Runciman sobre a crise das democracias; e por Donnelly e Davenport sobre a correlação entre democracia e direitos humanos. Concluiu-se que a cultura dos direitos humanos consiste em ferramenta adequada para concorrer para o impedimento do fim das democracias e a sua retomada. O endosso da cultura de direitos humanos promove a accountability dos órgãos e de agentes estatais, a repulsa aos apelos autoritários e reconhece nos laços de solidariedade uma arma poderosa para a saída da crise contemporânea das sociedades democráticas.

PALAVRAS-CHAVE: democracia. direitos humanos. crise.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar los impactos negativos de la crisis de las democracias en los derechos humanos, establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en particular los derechos civiles y políticos, y el papel de la cultura de los derechos humanos en el enfrentamiento del fin de las democracias. Este es un estudio teórico basado en la investigación desarrollada por Morsink y Freeman sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos, Levitsky y Zibblatt y Runciman sobre la crisis de las democracias; por Donnelly y Davenport sobre la correlación entre democracia y derechos humanos. Fue concluido que la cultura de los derechos humanos es una herramienta apropiado para ayudar a prevenir el fin de las democracias y su reconstrucción. El respaldo de la cultura de los derechos humanos promueve la rendición de cuentas de los organismos y agentes estatales, la repulsión a los llamamientos autoritarios y reconoce en los lazos de solidaridad una herramienta poderosa para superar la crisis contemporánea de las sociedades democráticas.

PALABRAS-CLAVE: democracia; derechos humanos; crisis.

THE CHALLENGES OF THE
CONTEMPORARY DEMOCRACY CRISIS

FOR THE EFFECTIVENESS OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: This article aims to analyze the negative impacts of the crisis of democracies on human rights, conformed to the UDHR, notably civil and political rights, and the role of the culture of human rights in facing the end of democracies. This is a theoretical study based on the research developed by Morsink and Freeman about the UDHR, Levitsky and Ziblatt and Runciman on the crisis of democracies; and by Donnelly and Davenport on the correlation between democracy and human rights. I have concluded that the culture of human rights is an appropriate tool to help prevent the end of democracies and their resumption. Endorsement of human rights culture promotes accountability of state organs and agents, repulsion to authoritarian appeals, and recognizes in solidarity ties a powerful weapon for breaking the contemporary crisis of democratic societies

KEYWORDS: democracy. human rights. crisis.

1 | INTRODUÇÃO

No ano de 2018, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, doravante DUDH, completa 70 anos de existência, considerando que foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, aos 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III). A DUDH inaugurou um novo capítulo na história humanidade, constituindo expressão formal da cultura dos direitos humanos (RORTY, 2001) e um “manifesto humanista” (PINKER, 2018, p. 40). Com efeito, a DUDH foi traduzida para 500 idiomas e influenciou uma série de Constituições e de tratados de direitos humanos (PINKER, 2018). Conforme aponta Donnelly, a DUDH instaurou um novo modelo, denominado de “Modelo da Declaração Universal”, que estabeleceu os contornos do consenso internacional em torno do reconhecimento dos direitos humanos (DONNELLY, 2003), que se expressa no fato de que, no final do século XX, não havia um único Estado no planeta que não se encontrasse de alguma forma vinculado ao regime dos direitos humanos.

A DUDH consiste na clarificação dos dispositivos da Carta das Nações Unidas (DE SCHUTTER, 2010), de 1945, da qual consta, no elenco dos seus propósitos, a promoção ao respeito aos direitos humanos para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (UNITED NATIONS, 2019). Dessa forma, a DUDH, ao prever pela primeira vez na história um conjunto de direitos humanos universais, foi o centro do edifício do Direito Internacional dos Direitos Humanos por mais de 28 anos, até a entrada em vigor do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1976, os quais conjuntamente com a DUDH conformam a *International Bill of Human Rights*, que constitui o coração do sistema universal de direitos humanos (STEINER; ALSTON,

2003).

A DUDH e os demais tratados de direitos humanos em convergência com os órgãos e mecanismos de monitoramento instituídos por organizações internacionais para efetivar os direitos humanos acarretaram um exitoso avanço em termos de melhoria das condições de vida das populações, incluindo seu bem-estar físico e mental. Assim, pode-se asseverar que os direitos humanos constituem “um capítulo emocionante da história do progresso humano” (PINKER, 2018, p. 41). Embora tenha havido evolução incontestável no campo dos direitos humanos – a vedação legal do trabalho infantil, da segregação racial, da escravidão e da tortura; a garantia do sufrágio universal - novos desafios são postos pela própria humanidade que colocam em risco os avanços conquistados. Esses desafios são variados e complexos, apenas para ilustrar, serão enumerados quatro atuais: a) a concentração de renda e a criação dos super-ricos. Segundo o último Relatório da Oxfam (2019), lançado neste ano, 82% da riqueza criada no mundo no ano de 2017 foi absorvida por 1% da população mundial, verificando o maior aumento de bilionários na história. A concentração e a desigualdade de renda apresentam profunda implicação nos direitos humanos, mormente quanto à fruição dos direitos à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia e à alimentação adequada (CENTER FOR ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS, 2019); b) a revolução digital, o big data, a inteligência artificial e as redes sociais. As sociedades ainda não têm a real dimensão dos efeitos de tais inovações tecnológicas sobre os direitos humanos, notadamente sobre o direito à privacidade. Exemplificando, a empresa Facebook compartilhou dados de mais de 500 milhões de usuários ativos de todo o mundo (BARLETT, 2018), o que conduziu a se repensar como os Estados devem se portar em face das questões impensadas outrora que envolvem o direito à privacidade das informações pessoais; c) os novos movimentos “tribalistas”, entendidos como movimentos de grupos autocentrados em sua identidade, baseados em uma cultura hiperindividualista de idolatria da opção pessoal e de rechaço aos laços sociais de solidariedade e às obrigações públicas (LILLA, 2018). Esses novos movimentos “tribalistas” são antagônicos à ideia de que somos “todos os membros da família humana” (NAÇÕES UNIDAS, 2019), constante do preâmbulo da DUDH, suspeitam da “invocação de um nós democrático universal” (LILLA, 2018) e tornam seus oponentes inimigos (BARLETT, 2018). Sendo assim, o “tribalismo”, ao se fundar em identidades e enfatizar aquilo que distinguem os seres humanos coloca em xeque a coluna vertebral dos direitos humanos que consiste na ideia de que compartilhamos da mesma humanidade, logo, somos todos detentores do mesmo valor intrínseco; d) a crise das democracias, que será objeto deste artigo. Cada um desses desafios ensejaria um estudo específico tendo em vista as suas especificidades e complexidade, desse modo, neste artigo tem-se como escopo analisar os impactos negativos da crise das democracias sobre os direitos humanos,

conformados na DUDH, notadamente os direitos civis e políticos, e a função da cultura de direitos humanos no enfrentamento do fim das democracias

Trata-se de estudo teórico, que se alicerça nas pesquisas desenvolvidas por Morsink (1999) e Freeman (2002) acerca da DUDH, de Levitsky e Ziblatt (2018) e Runciman (2018) sobre a crise das democracias; e por Donnelly (2003) e Davenport (2009) sobre a correlação entre democracia e direitos humanos. Desse modo, este artigo se estrutura em quatro partes, sendo a primeira destinada a tratar da DUDH; a segunda sobre a crise contemporânea das democracias; e a terceira acerca do papel da cultura de direitos humanos na constrição dos processos de desmantelamento das democracias.

2 | A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: PRESCRIÇÕES ÉTICO-JURÍDICAS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA CULTURA DE DIREITOS HUMANOS

No ano de 1943, ainda durante a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se um movimento em distintas partes do globo para se contemplar em um eventual tratado de paz dispositivos sobre direitos humanos. Essa pressão se tornou mais acentuada no continente Americano, o que se traduziu na manifestação de 22 países, durante a Conferência Interamericana de Guerra e Paz, de 1945, em prol da inserção de uma Carta de Direitos Humanos na Carta da ONU. Embora não se tenha obtido êxito e ter havido apenas 7 referências aos direitos humanos na Carta da ONU, em 1946, foi criada pelo Conselho Econômico e Social, um dos principais órgãos das Nações Unidas, a Comissão sobre Direitos Humanos, com a tarefa de elaborar uma Carta Internacional de Direitos Humanos (ALBUQUERQUE; BARROSO, 2018). Durante 2 anos, a Comissão trabalhou nesse projeto, entre janeiro de 1947 e dezembro de 1948, quando a 3ª Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a DUDH (MORSINK, 1999) com 48 votos a favor, 9 contra e 8 abstenções (OFFICE OF THE HIGHER COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2019).

Durante o processo de elaboração da DUDH foram escritos 7 esboços. Não serão comentados cada um deles, apenas tem-se o desiderato de demonstrar que tal processo contemplou aportes de diferentes expoentes de distintas matizes políticas, religiosas e filosóficas. A Comissão incumbida de coordenar a sua elaboração era composta por especialistas oriundos da China, Líbano, Irã, Índia, Egito, da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS, Uruguai, Iugoslávia e outros países. O processo de elaboração da DUDH revela o empenho daqueles que o lideravam no sentido de construir um documento universal que poderia ser abraçado por distintos povos e culturas. Com efeito, durante o processo de elaboração da DUDH identificam-se várias medidas que comprovam tal preocupação, como, por

exemplo: a) o advogado canadense, John Humphrey, elaborou o primeiro esboço da DUDH baseado em levantamento sobre Constituições de vários países do mundo (FREEMAN, 2002); b) em 1947, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência, e a Cultura – Unesco, indagou intelectuais de várias partes do mundo, dentre eles se encontravam Jacques Maritain, Mohandas Gandhi, e outros confucianos e muçulmanos, para identificar quais direitos deveriam constar da DUDH e como resposta obteve uma lista muito similar de direitos (PINKER, 2018); c) os membros do Comitê de Elaboração da DUDH, instituído pela Comissão sobre Direitos Humanos, eram de origens religiosas, filosóficas e ideológicas diversas (FREEMAN, 2002).

O fato da DUDH não contar com mecanismos de implementação lhe permitiu alcançar um status moral independente nas relações internacionais (MORSINK, 1999), constituindo, assim, um consenso sobreposto, no sentido Rawls, em torno da concepção de que os indivíduos se constituem como cidadãos iguais e autônomos. Com efeito, a DUDH, por meio da previsão de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, expressa o consenso sobreposto acerca da ideia de que todos os seres humanos têm direitos iguais e inalienáveis e são merecedores de igual respeito e consideração por parte do Estado. Assim, a DUDH congrega em seus 30 artigos o compromisso em torno da igualdade e da autonomia (DONNELLY, 2003), bem como foi origem do movimento internacional dos direitos humanos e também dos nacionais, e fortaleceu o ativismo político contra a opressão, a injustiça e a exploração (FREEMAN, 2002).

A DUDH expressa o humanismo e uma cultura particular, a cultura dos direitos humanos. Quanto ao humanismo, entendido como o código moral de convergência entre pessoas racionais visando à convivência boa, Spinker assevera que “os direitos humanos promovem o desenvolvimento humano. É por isso que, na prática, o humanismo e os direitos humanos andam de mãos dadas” (PINKER, 2018, p. 418). Em relação à cultura dos direitos humanos, Rorty, que empregou a expressão previamente utilizada por Eduardo Rabossi, a define como a cultura com a qual nos identificamos na democracia e que apregoa o respeito a todos os seres humanos, conformando, assim, uma “comunidade planetária” (RORTY, 2001, p. 125).

O consenso sobreposto em torno dos direitos humanos previstos na DUDH construiu durante seus 70 anos de existência uma cultura de direitos humanos, que se caracteriza como uma cultura baseada na igualdade e na autonomia de todos os indivíduos e nas obrigações estatais correlatas. Ademais, a DUDH consiste na formalização do humanismo, código moral que se fundamenta no Iluminismo e nos laços humanos de solidariedade. Em seguida será abordada a crise contemporânea das democracias.

3 | O DECLÍNIO CONTEMPORÂNEO DAS DEMOCRACIAS

O declínio contemporâneo das democracias¹ é reportado cotidianamente nos jornais e é objeto de estudos em universidades e em centros de pesquisa em variadas partes do globo. Considerando o foco deste artigo, optou-se por discorrer sobre a o declínio corrente da democracia sob a ótica de alguns dos principais autores que se dedicam ao tema, a de Levitsky e Ziblatt (2018) e a de Runciman (2018). As duas obras dos autores apontados convergem para a mesma tese de que o declínio das democracias nos dias atuais não será como no passado, ou seja, não serão vistos tanques nas ruas, golpes de Estado, ou repressão sistemática (RUNCIMAN, 2018). Essa nova forma de declínio ou de fim das democracias é menos ostensiva, mas não menos danosa, e a sua principal característica é a de que é minada pelos próprios eleitores e pelos presidentes ou primeiros ministros que subvertem o regime que os alçou ao poder. Com efeito, desde o fim da Guerra Fria, a maior parte das democracias foram minadas não por golpes ou canhões, mas sim por governos eleitos (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). Assim, na concepção de declínio ou fim das democracias, conforme proposto pelos autores, as instituições preservam suas competências constitucionais e a imprensa continua funcionando, porém, não entregam para a sociedade aquilo que, de fato, deveriam fazê-lo (RUNCIMAN, 2018). Tem-se uma aparente normalidade na sociedade, embora haja a corrosão paulatina da democracia, muitas vezes imperceptível para a grande maioria das pessoas.

Desse modo, constata-se que o declínio ou o fim das democracias, na atualidade, será levado a cabo pelos próprios governantes que se aproveitaram de seus mecanismos para serem eleitos e por meio do uso das suas instituições, como a imprensa, o Poder Judiciário e outras, para, gradualmente e mesmo legalmente, a subverter (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

Pode-se aventar que a eleição de Donald Trump, nos Estados Unidos, representa um divisor de águas no declínio das democracias no século XXI. Conforme pontua Runciman, se Trump é a resposta, não estamos mais fazendo a pergunta correta. Porém, o mesmo autor chama atenção para o fato de que o problema não é apenas Trump, pois a sua eleição é sintomática de uma ambiência política instável e permeada pela intolerância (RUNCIMAN, 2018). Nesse sentido, a polarização excessiva da sociedade estadunidense é um dos fatores que explica a fraqueza da democracia dos Estados Unidos na atualidade (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). Outro fator pode ser atribuído ao esgotamento das ideologias individualistas que se mostraram incapazes de construir um discurso aglutinador das várias camadas em torno da noção de bem-comum e dos laços de solidariedade (LILLA, 2018).

O enfrentamento dos governantes autocratas ou demagogos não é feito apenas

¹ Neste artigo, adota-se o termo democracia, conforme os autores utilizados, sem se fazer a distinção entre regime democrático e democracia.

por meio das instituições, é essencial que os partidos políticos e os indivíduos, bem como as próprias normas democráticas concorram para o combate às ameaças à democracia. Países como a Costa Rica, a Finlândia, e a Bélgica conseguiram manter esses governantes fora do poder, todavia, o mesmo êxito não foi alcançado por outros países, como a Turquia, a Venezuela e a Hungria. Para se evitar a ascensão de autocratas ou demagogos, é essencial a sua identificação antes de que sejam eleitos, com tal finalidade Levitsky e Ziblatt propuseram quatro condutas que servem de alarme para a identificação de políticos autocratas: a) rejeição, em palavras ou em ação, das regras do jogo democrático; b) negação da legitimidade dos oponentes; c) tolerância ou estímulo da violência; d) indicação de tendências de supressão das liberdades civis dos oponentes, inclusive da imprensa. Um político cujas condutas se amoldem a uma das apontadas pode apresentar risco à democracia (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

Os estudos empreendidos pelos autores assinalados poderiam ser desdobrados em distintas temáticas complexas, porém, neste artigo tão somente serão ressaltados os pontos que traduzem o impacto do declínio das democracias nos direitos humanos. Registre-se que este aspecto não tenha sido abordado em particular pelos autores. Como o declínio ou o fim das democracias, nos dias de hoje, não é ocasionado por meio de uma ruptura, a sua percepção é turva. Assim, os indivíduos podem continuar a realizar críticas ao governo, mas sofrer consequências legais indesejadas; assim como a imprensa, que não é censurada, no entanto, pode ser sobretaxada ou ter seus meios de obtenção de recursos financeiros obstados. Quanto aos oponentes do governo no poder, medida para restringi-lo sua capacidade de atuação podem ser adotadas pelo presidente ou primeiro ministro autocrático, como tornar ilegal partidos políticos e organizações da sociedade civil; e, por fim, em relação à violência, pode-se estimular ou acobertar a impunidade de crimes contra opositores políticos (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

A democracia apresenta algumas características, como a representação popular, direta e indireta; a transparência e a *accountability* dos órgãos e agentes estatais; o sistema de freios e contrapesos e a imprensa com liberdade de expressão (VIANA, 2018). Esses atributos democráticos podem sofrer golpes paulatinos, o que afetará a qualidade da democracia ou mesmo poderá extingui-la. Esses ataques à democracia acarretam impactos significativos nos direitos humanos, notadamente nos direitos civis e políticos previstos na DUDH, tais como: direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal; tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; direito à igualdade perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei; direito de não ser arbitrariamente preso, detido ou exilado; direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; direito à liberdade de opinião e de expressão; direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas (NAÇÕES

UNIDAS, 2019), dentre outros. Apesar dos autores citados não terem se ocupado da temática dos direitos humanos, constata-se que o processo contemporâneo de mitigação ou fim das democracias comumente vem acompanhado de restrição de direitos humanos, como a tentativa dos autocratas de silenciar artistas, intelectuais e outros atores sociais; o uso de mecanismos legais, como ações judiciais e prisões de cunho político, contra oponentes, sem a observância do direito a um processo público, em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas (NAÇÕES UNIDAS, 2019), como no caso da Malásia, em 1990; e a impunidade do presidente ou do primeiro ministro autocrata quanto à ameaça aos direitos humanos de indivíduos e mesmo à infringência da Constituição, o que permite o governo atuar seletivamente em relação à aplicação da lei, à punição de oponentes e à proteção de aliados (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

Com efeito, Davenport desenvolveu a correlação entre a democracia e a repressão estatal, demonstrando que apenas duas variáveis diminuem as violações de direitos humanos: a) democracia política, que impõe a submissão dos líderes à *accountability* e a certo grau de supervisão; b) desenvolvimento econômico. O autor assinalado sublinha que a magnitude do impacto da democracia sobre os direitos humanos tem sido reconhecida quando cotejada com o desenvolvimento econômico (DAVENPORT, 2009). Com efeito, a democracia é o mais importante determinante da repressão da estatal (PORTAL DE DIREITO INTERNACIONAL, 2019). Tendo em conta o escopo deste artigo, chama-se atenção para o papel essencial de resguardo da democracia como regime apto a conferir maior grau de eficácia aos direitos humanos.

Em seguida, será proposta uma reflexão sobre a função da cultura dos direitos humanos baseada na DUDH no declínio atual das democracias.

4 | O PAPEL DA CULTURA DE DIREITOS HUMANOS NO ENFRENTAMENTO DO DECLÍNIO DAS DEMOCRACIAS

A correlação entre direitos humanos e democracia foi formalizada na Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada por mais de 182 Estados membros das Nações Unidas em 1993, por ocasião da realização da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Na Declaração se reconheceu a interdependência da democracia e o respeito aos direitos humanos, assim como o fato de se reforçarem mutuamente (PORTAL DE DIREITO INTERNACIONAL, 2019). Donnelly sublinha que a democracia e os direitos humanos compartilham do mesmo compromisso com o ideal de igual dignidade política para todos, e, ainda, a DUDH e o Direito Internacional dos Direitos Humanos requerem regimes democráticos (DONNELLY, 2003).

A interface entre democracia e direitos humanos é complexa e passível de ser

analisada a partir de diferentes perspectivas, porém, atendo-se ao tema deste artigo, qual seja o declínio contemporâneo das democracias, tem-se como escopo tão somente sustentar de forma exploratória de que a cultura dos direitos humanos derivada da DUDH pode contribuir para o rechaço de apelos autoritários e o enfrentamento de ameaças autocráticas. Com efeito, advoga-se que se um Estado tem apreço histórica e socialmente construído pela cultura dos direitos humanos torna-se mais resistente aos abalos contemporâneos trazidos por políticos autocráticos ou demagogos. Essa cultura de direitos humanos concorre para o fortalecimento da democracia por meio de quatro exigências: a) o fortalecimento dos laços de solidariedade e da ideia de que somos todos membros da família humana; b) repulsa a práticas repressivas, como tortura, desaparecimentos forçados, execuções sumárias e restrições à liberdade de expressão e associação; c) assunção da obrigação dos órgãos estatais e de todos os agentes públicos de *accountability*, transparência e respeito aos direitos humanos; d) a construção e o endosso de normas de tolerância mútua.

Desse modo, ao se atrelar a democracia à cultura dos direitos humanos a intenção é qualifica-la e exigir do regime democrático atributos que o permita efetivar as exigências acima pontuadas que derivam de tal cultura. Tal ideia se conecta com o rechaço da mera democracia eleitoral, ou seja, é essencial que as sociedades contemporâneas não se satisfaçam com eleições periódicas e o sufrágio universal como expressões máximas da democracia. Para tanto, há que se promover a reconexão das sociedades ocidentais individualistas com a ideia de que “somos parte de um empreendimento comum legítimo que Nós, o povo, trabalhamos para produzir” (LILLA, 2018, p. 97). Isto é, há que se lançar mão da linguagem e dos instrumentos de direitos humanos para construir pontes entre os diferentes grupos sociais de forma a construir agendas amplamente compartilhadas e criar vínculos de solidariedade, ultrapassando o discurso político-partidário emergente dos ciclos eleitorais e os vínculos identitários (LILLA, 2018).

As democracias eleitorais ocidentais têm falhado no atendimento às exigências provenientes da cultura de direitos humanos (DONNELLY, 2003), o que é um dos fatores explicativos para a sua atual crise. A democracia pode continuar funcionando, formalmente mediante eleições regulares, contudo, pode deixar de realizar aquilo que se espera de um regime de tal natureza, qual seja a provisão de benefícios de longa duração para toda a sociedade e a garantia de que os indivíduos terão voz (RUNCIMAN, 2018). Assim, quando há esse hiato entre a democracia eleitoral ou a democracia degradada por um governante autocrático ou demagogo e as demandas dos indivíduos por direitos humanos, isso pode inflamar o grau de insatisfação com o regime democrático e, como efeito contrário, conferir maior apoio ao governo autocrático ou demagogo. Por isso é fundamental que acoplada ao regime democrático tenha-se o fomento contínuo da cultura dos direitos humanos, de forma

que eventual conflito entre a democracia e os direitos humanos, esse seja resolvido em favor dos direitos humanos, como propugnado por Donnelly (2003).

Embora se reconheça a importância das “revoluções democráticas” dos anos oitenta e noventa, inúmeras violações de direitos humanos continuaram a ser perpetuadas em regimes considerados democráticos. Sendo assim, a tese sustentada neste artigo é que a qualidade dos regimes democráticos e a vida das democracias condicionam-se à cultura de direitos humanos. Desse modo, uma das principais medidas para a manutenção das democracias é tornar a cultura dos direitos humanos amplamente compartilhada, pois se os indivíduos forem benevolentes com apelos autoritários, a democracia pode, cedo ou tarde, estar ameaçada (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). Na mesma linha, Levitsky e Ziblatt (2018, p. 89) apontam que o protesto público é uma atividade importante em qualquer democracia, porém seu objetivo deve ser “a defesa dos direitos e suas instituições, não sua ruptura”, como exemplo, tem-se os protestos não violentos liderados pelos negros nos Estados Unidos que fortaleceram a agenda nacional dos direitos civis e os protestos violento, que conduziram ao declínio do apoio branco. Ainda, os autores argumentam que as coalizações mais importantes para o endosso da democracia são as formadas por grupos com opiniões diferentes, os quais devem buscar bases morais comuns (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). Essas bases morais comuns são os direitos humanos que conformam uma cultura alicerçada no humanismo, ancorados na capacidade humana de solidariedade (PINKER, 2018).

A cultura dos direitos humanos traduzida na DUDH pode ser um poderoso instrumento para o enfrentamento da crise da democracia, pois além de ser uma linguagem comum de reivindicação de participação social, de constrição de práticas repressivas e de apelo ao igual respeito a todos os indivíduos, traz, igualmente, o foco para as demandas de subsistência de grupos sistematicamente negligenciados, por meio das lutas por direitos sociais para todos, de caráter universalista (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). Portanto, o aprimoramento das democracias eleitorais e a salvação das democracias em crise dependem, dentre outros fatores, do fortalecimento da cultura dos direitos humanos, o que demanda educação em direitos humanos, o endosso da imprensa, o ativismo da sociedade civil e a sua legitimação teórica nos meios acadêmicos, além de reformas legislativas.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A DUDH inaugurou uma nova fase da história da humanidade na qual a cultura dos direitos humanos há que ser um ingrediente essencial das sociedades democráticas. Essa prescrição ético-jurídico emanada da DUDH há que ser efetivada por meio de mecanismos legais, mudanças educacionais, aporte de

recursos financeiros em políticas públicas de direitos humanos e ativismos sociais, dentre outras medidas. Desse modo, sem a mobilização de diversos setores da sociedade, a DUDH não se torna viva e a cultura dos direitos humanos não é implantada ou consolidada. Assim, a constituição de uma sociedade comprometida com os direitos humanos requer engajamento de variados grupos sociais e a consciência de que a cultura de direitos humanos promove o bem-estar de todos, a vida digna e os laços de solidariedade. Por outro lado, a baixa cultura de direitos humanos repercute diretamente na qualidade da democracia. Particularmente, quanto à falência atual das democracias, essa pode ser atribuída a variados fatores, como à polarização excessiva das sociedades ocidentais contemporâneas, à fraqueza dos partidos políticos ou à desigualdade de renda. Independentemente do fator e do diagnóstico de falência das democracias, conclui-se que a cultura dos direitos humanos consiste em um remédio adequado para concorrer para o impedimento do fim das democracias e a sua retomada. O endosso da cultura de direitos humanos promove a *accountability* dos órgãos e de agentes estatais, a repulsa aos apelos autoritários e reconhece nos laços de solidariedade uma arma poderosa para a saída da crise contemporânea das sociedades democráticas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline; BARROSO, Aléssia. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

BARLETT, Jamie. **The people vs. tech**. London: Ebury, 2018.

CENTER FOR ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS. **Inequality: can human rights make a difference?** < <http://www.cesr.org/inequality-can-human-rights-make-difference-0> > Acesso em: 02 jan. 2020.

DAVENPORT, Christin. Political democracy and State repression. In: GOODHART, Michael (eds.) **Human Rights: politics & practice**. Oxford: Oxford, 2009.

DE SCHUTTER, Olivier. **International Human Rights Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights: in theory & practice**. New York: Cornell, 2003.

FREEMAN, Michael. **Human Rights**. Cambridge: Polity, 2002.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How democracy die**. New York: Penguin, 2018.

LILLA, Mark. **O progressista de ontem e o do amanhã: desafios da democracia liberal no mundo pós-políticas indenitárias**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

MORSINK, Johannes. **The Universal Declaration of Human Rights: origins, drafting & intent**. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1999.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. < https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf > Acesso em: 02 jan. 2020.

OFFICE OF THE HIGHER COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Fact Sheet No.2 (Rev.1)*, **The International Bill of Human Rights**. Disponível em: < <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf>. > Acesso em: 02 jan. 2020.

OXFAM. Disponível em:< <https://www.oxfam.org/en/research/reward-work-not-wealth>>. Acesso em: 02 jan. 2020.

PORTAL DE DIREITO INTERNACIONAL. DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. <<https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. > Acesso em: 02 jan. 2020.

PINKER, Steven. **O novo iluminismo**: em defesa da razão, da ciência e do humanismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RORTY, Richard. Human Rights, Rationality and Sentimentality. In: HAYDEN, Patrick (ed.). **The Philosophy of Human Rights**. St. Paul: Paragon, 2001. p. 241 – 257.

RUNCIMAN, David. **How democracy ends**. London: Profile, 2018.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights in context**. Oxford: Oxford, 2008.

VIANA, Diego. Morte matada: três livros escarafuncham as causas da crise que acomete as democracias mundo afora, para além do populismo e da demagogia. **Revista Quatro cinco um**. Outubro. 2018. p. 8-9.

UNITED NATIONS. Charter of the United Nations. Disponível em: <<http://www.un.org/en/charter-united-nations/>> Acesso em: 02 jan. 2020.

REFLEXOS DO MOVIMENTO EM REDE #METOO NA FORMAÇÃO DA CONVENÇÃO 190 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Data de aceite: 27/02/2020

Data de submissão: 02/12/2019

Fernanda Juliane Brum Corrêa

RESUMO : A presente pesquisa, partindo da recentíssima aprovação da Convenção nº 190 da Organização Internacional do Trabalho pela 108ª Conferência Internacional do Trabalho, objetiva examinar o arcabouço existente no ordenamento jurídico brasileiro acerca do assédio sexual nas relações laborais, e desvendar em que medida o ativismo digital traduzido na campanha internacional #MeToo contribuiu para impulsionar a criação da referida norma de Direito Internacional. Empregando-se a técnica de pesquisa bibliográfica, analisam-se os contornos básicos do assédio no ambiente laboral e da construção dos movimentos em rede. Ainda, por meio de procedimento monográfico, examina-se o caso concreto do movimento ora referido, bem como o processo de construção da aludida Convenção. Adotando-se o método de abordagem dedutivo, em um primeiro momento dissecam-se os aspectos conceituais sobre o tema ligado ao Direito do Trabalho e, em segunda parte, detalha-se brevemente a evolução dos movimentos sociais perfectibilizados com o uso da Internet, culminando no estudo da progressão do

movimento #MeToo e da sua tomada pela OIT. Afere-se, assim, que o movimento digital contribuiu para a formulação da Convenção sobre tema nunca antes tratado sob essa ótica. **PALAVRAS-CHAVE:** ambiente laboral; assédio sexual; ativismo digital; Organização Internacional do Trabalho.

REPERCUSSIONS OF THE #METOO ONLINE MOVEMENT IN THE CONCEPTION OF CONVENTION 190 OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION

ABSTRACT: The present research, based on the very recent approval of Convention 190 of the International Labour Organization by the 108th International Labour Conference, aims to examine the current framework in the Brazilian legal system regarding sexual harassment in work relations, and to reveal to what extent cyberactivism displayed on the #MeToo international campaign contributed to the creation of this International Law regulation. Using the bibliographic research technique, it analyzes the basic concepts of harassment in the workplace and of the formation of online movements. Also, through the monographic procedure, it analyzes the precise case of the mentioned movement, as well as the construction process of the Convention 190.

Adopting the deductive approach method, the research at first dissects the conceptual aspects on the subject linked to Labour Law and, in the second part, briefly details the evolution of social movements refined with the use of internet, culminating in the study of the breakthrough of the #MeToo movement and its adoption by ILO. Thus, it finds that the online movement contributed to the formulation of the Convention on a subject never treated before from this perspective.

KEYWORDS: work environment; sexual harassment; cyberactivism; International Labour Organization.

1 | INTRODUÇÃO

Entre as diversas formas de violência da esfera produtiva, como mais um fator de precarização do trabalho, emergem os assédios sexual e moral. Em locais de trabalho das mais diferentes naturezas (ou fora destes, mas em decorrência do vínculo de natureza trabalhista), inúmeros trabalhadores são cotidianamente submetidos a constrangimentos que diminuem sua produtividade, tolhem a ascensão a melhores postos e, ainda, criam profundas feridas emocionais.

Sem ignorar que essas espécies de violência alcançam ambos os sexos, observa-se que o assédio sexual atinge muito mais intensamente as mulheres, que pela frequente sujeição a situações que “tornam a experiência do trabalho assalariado ainda mais penosa às mulheres que aos homens”¹, têm sido reiteradamente o centro de discussões² de instituições como o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), as quais percebem o mundo do trabalho como representativo das contradições e divergências em matéria de gênero³.

A problemática não é restrita ao Brasil, mas influencia mulheres ao redor de todo o planeta, de todas as classes sociais e das mais diversas categorias de trabalhadoras. Não por outra razão, tendo como marco inicial uma publicação de atriz internacionalmente conhecida, na rede social *Twitter*, a partir do ano de 2017 iniciou-se um movimento em rede de ampla repercussão, notabilizada pelo uso da hashtag #MeToo, em que mulheres passaram a relatar casos de assédio sofridos, transmutando sentimentos de medo, vergonha e autopunição, em acolhimento coletivo e responsabilização dos ofensores.

Recentemente, por ocasião da 108^a Conferência Internacional do Trabalho (CIT),

1 MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flavia. *Feminismo e Política*. [recurso eletrônico – E-book Amazon]. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2014. s.p.

2 O MPT, por exemplo, tem promovido eventos específicos para discussão do assédio sexual em detrimento da mulher, como o Fórum “Mulher, Discriminação e Assédio Sexual no Trabalho”. Dados do evento disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/forum-vai-abordar-assedio-sexual-no-trabalho>. Acesso em: 20 jul. 2019.

3 Não obstante as mulheres sejam o maior alvo de tais preocupações, e que o movimento digital #MeToo tenha evidente roupagem protecionista e reivindicatória feminista, oportuno destacar que os reflexos das eventuais conquistas beneficiam todos os trabalhadores, de modo que neste estudo não se enfatizará específicos recortes de gênero, mas se enfocará eventuais decorrências do movimento em rede para a formação de regramento de natureza trabalhista.

admitindo esta o direito de toda pessoa a um mundo de trabalho livre de violência e assédio (compreendidos como ameaça para a igualdade de oportunidades), reconhecendo a lesão à saúde psicológica, física e sexual das vítimas de assédio, e certificando a necessidade de prevenção e combate a tais práticas, em 21/06/2019 foi aprovada a Convenção nº190 da OIT.

Diante disso, questiona-se: em que medida o ativismo digital traduzido na campanha internacional *#MeToo*, deflagrado a partir de provocação de atriz e albergado por um sem-número de mulheres, contribuiu para impulsionar a aprovação da referida norma de Direito Internacional? Assim, o presente estudo intenciona desvelar a influência do referido movimento social em rede na formulação da Convenção nº 190 da OIT, que inova ao versar sobre a prevenção e a punição do assédio no ambiente laboral e pode repercutir favoravelmente no ordenamento jurídico pátrio.

Com o fim de aclarar essa questão, adotou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, com abordagem doutrinária e conceitual sobre assédio no ambiente de trabalho e sobre os movimentos sociais do século XXI, bem como o procedimento monográfico, visto que se examinou pormenorizadamente as exposições de motivos dos membros participantes dos debates antecedentes à formação da Convenção nº 190 da OIT.

Para melhor elucidação do tema, dividiu-se o trabalho em dois capítulos. No primeiro, analisou-se a doutrina especializada e o panorama legal e jurisprudencial brasileiro acerca do assédio sexual no ambiente de trabalho. No segundo, examinou-se a propagação de novos movimentos sociais do século XXI pelo uso de novas tecnologias, enfocando-se um caso específico de ativismo digital em prol da cessação do assédio às mulheres e sua consideração pela OIT na formulação de novas políticas de proteção.

2 | ASSÉDIO SEXUAL NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO: PANORAMA TEÓRICO BÁSICO E AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO

O assédio pode ser definido como a perseguição insistente (cerco), que provoca desgastes e implica a violação de determinado bem jurídico. Quando o cerco atinge o plexo de valores não sexuais, caracteriza assédio moral. Por outro lado, quando o comportamento atenta a liberdade sexual, trata-se de assédio sexual, modalidade que será enfocada no presente estudo, especificamente quando praticado em detrimento de mulheres. No expressar de Maurício Godinho Delgado, este tipo jurídico define-se como

[...] a conduta de importunação reiterada e maliciosa, explícita ou não, com interesse e conotações sexuais, de uma pessoa física em relação a outra. É ofensa de natureza essencialmente emocional, psicológica, embora podendo ter também

dimensão física. A relevância do assunto desde a Constituição de 1988, em face do novo status jurídico conferido às mulheres (art. 5º, caput e I, CF/88, por exemplo) e, de resto, aos direitos de personalidade da pessoa humana, fez este censurável comportamento ultrapassar o acanhado conceito de incontinência de conduta (infração do trabalhador: art. 482, “b”, ab initio, CLT) ou do tipo jurídico também indicado pelo art. 483, “e”, da CLT (quando se tratar de infração empresarial: “ato lesivo à honra e boa fama”). Embora, é claro, o comportamento que denote assédio sexual possa (e deva, enquanto não surgir explícita tipificação legal) ser enquadrado nesses dispositivos mencionados, para os fins jurídicos previstos pela CLT, sua caracterização é, efetivamente, ainda mais ampla. [...] ⁴

É possível compreender que o assédio sexual consiste em uma abordagem com intuito sexual, não desejada pelo outro, e cuja insistência viola a livre disposição do corpo e da vontade da vítima. Assim, tem como pressupostos o comportamento do agente de qualquer sexo, direcionado a pessoa também de qualquer sexo, ainda que sem contato físico e de forma velada, visando à obtenção de vantagem sexual ou à desestabilização do ambiente de trabalho para o trabalhador ou grupo, aliado à ausência do consentimento livre de vícios e consciente da vítima ou grupo de vítimas⁵. O ensinamento de Maria Ilidiana Diniz⁶ elucida ainda mais o conceito:

[...] De maneira geral, o assédio sexual ocorre pela iniciativa de um indivíduo que, por ter poder sobre o outro, constrange-o adotando um comportamento sexual que não adotaria fora dessas circunstâncias. E acrescento que tais comportamentos se dão muitas vezes por necessidades não sexuais, ou seja, há muito mais imperativos relacionados ao desejo de se sentir importante, poderoso, dominador, admirado, desejado, dentre outras compensações [...]

Por outro lado, embora o vocábulo assédio seja definido no dicionário como cerco posto a um reduto para tomá-lo⁷, sítio, ou insistência importuna, junto de alguém, com perguntas, propostas, pretensões, etc, e ainda que comumente se exija a reiteração de condutas pelo agente assediador, não se ignora a possibilidade de um ato isolado também caracterizar o assédio sexual, situação que, inclusive, é bastante comum, porquanto não é rara a situação de a vítima empregada pedir demissão após um incidente em que sua intimidade sexual foi ultrajada.

Alice Monteiro de Barros⁸ classificava o assédio sexual em duas espécies principais: a) por intimidação (“assédio ambiental”), que é o mais genérico, e se traduz em incitações sexuais importunas, verbais ou físicas, as quais embaraçam o labor ou geram uma situação hostil de intimidação ou abuso no trabalho; e b) por

4 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito Do Trabalho**. 17 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: LTr, 2018. p. 1264.

5 Assédio Sexual no Trabalho. Perguntas e respostas. Cartilha produzida em parceria entre o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_559572/lang--pt/index.htm. Acesso em 20 jul. 2019.

6 DINIZ, Maria Ilidiana. **Mulheres como eu, mulheres como as outras: o assédio moral e sexual contra mulheres na esfera do trabalho**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.204.

7 FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. **Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 2 ed. Curitiba: Positivo, 2008. p.93.

8 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**, 4 Ed., São Paulo: LTr, 2008, pág. 936.

chantagem, que se revela em exigência formulada por superior hierárquico a um subordinado, para que se preste à atividade com conotação sexual, sob o risco de prejudicar a relação de trabalho. Sobre o último, ainda, valemo-nos mais uma vez das palavras de Maria Ilidiana Diniz:

[...] No assédio sexual, geralmente ocorre uma relação de troca, “isso por aquilo”, visto que o(a) assediador(a) comumente oferece algo que tanto pode ser a manutenção do emprego, uma promoção ou mesmo a manifestação de superioridade do “caçador” sobre sua “caça”⁹.

Esta última modalidade é a única que atualmente recebe tratamento legal no país. A despeito da relevância do tema e ainda que o Brasil já tenha avançado em termos de combate a violências contra a mulher¹⁰, até hoje não existe regra jurídica trabalhista que tipifique o assédio sexual no ambiente laboral, elenque as hipóteses de ocorrência e fixe penalizações¹¹. No âmbito do Direito do Trabalho, a situação é tratada como “incontinência de conduta”¹² e legitima a dispensa por justa causa de empregado que comprovadamente a praticar. Ademais, pode conduzir à condenação da parte empregadora ao pagamento de indenização por danos morais¹³, por lesão a direitos de personalidade, da mesma forma que é tratado o assédio moral. A única regra expressa existente é na esfera penal, porquanto desde a Lei nº 10.224/2001, que acresceu o art. 216-A ao Código Penal, tipificou-se como crime unicamente o assédio sexual descendente (por intimidação), ou seja, aquele praticado por superior hierárquico e direcionado a subordinado¹⁴.

9 DINIZ, Maria Ilidiana. *op. cit.* p. 197.

10 ELEUTÉRIO, Júlia Melim Borges. **(Des)Igualdade de gênero nas relações do trabalho**: por um novo paradigma relacional a partir da desconstrução da cultura machista. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.160.

11 O PL 10632/2018, em tramitação na Câmara de Deputados, intenta acrescentar dispositivo à CLT, com o fito de coibir o assédio sexual nas relações de trabalho, fixando medidas protetivas como a mudança de local de trabalho, condutas educativas, e pagamento de indenização. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F39381DE1760002531345CE5A4A2EB21.proposicoesWebExterno2?codteor=1676642&filename=PL+10632/2018. Acesso em: 21 jul. 2019.

12 MARQUES, Rafael da Silva. Artigos 447 a 486. In: SOUZA, Rodrigo Trindade de (org.). **CLT comentada pelos juízes do trabalho da 4ª Região**. São Paulo: LTr, 2015. p. 374.

13 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2. turma). **Recurso de Revista 2433-62.2013.5.23.0096**. Assédio sexual praticado por superior hierárquico. Tratamento abusivo caracterizado. [...] ficou incontroverso que o superior assediou sexualmente a autora por meio eletrônico, ao enviar e-mail com conteúdo pornográfico, bem como despendeu tratamento verbal desrespeitoso à autora no ambiente de trabalho. O direito à indenização por dano moral encontra amparo nos artigos 5º, incisos V e X, da Constituição da República e 186 do Código Civil, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana, da inviolabilidade (física e psíquica) do direito à vida, do bem-estar individual (e social), da segurança física e psíquica do indivíduo, além da valorização do trabalho humano. Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta. 28 jun. 2019. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProInt=2014&numProInt=196489&dtaPublicacaoStr=28/06/2019%2007:00:00&nia=7366325>. Acesso em: 23 jul. 2019.

14 O PLS 287/2018, atualmente em tramitação no Senado Federal, objetiva excluir o requisito ascendência hierárquica do tipo penal, o que tornaria qualquer espécie de assédio sexual um crime previsto pelo Código Penal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7744295&ts=1559266484952&-disposition=inline>. Acesso em: 21 jul. 2019.

Ainda que o ordenamento jurídico pátrio seja lacunoso, convém lembrar que o Direito Internacional do Trabalho é o ramo jurídico que objetiva estabelecer padrões internacionais mínimos para as relações de trabalho, tutelando aspectos inafastáveis das relações humanas¹⁵. Nesse contexto, em 1919 foi criada a OIT, fundamentada na convicção de que a justiça social é o alicerce para o alcance da paz universal permanente, e da qual o Brasil é membro fundador¹⁶. No ano de 1998, em contraposição aos desafios enfrentados no mundo globalizado, foi elaborada a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, cujo intuito foi fixar os temas prioritários aos quais a Organização deveria empreender mais esforços, bem como qualificá-los como assuntos fundamentais¹⁷.

A declaração explicita os direitos mínimos compreendidos como basilares, abrangidos por oito Convenções que tratam de liberdade sindical, direito à negociação coletiva, erradicação do trabalho infantil, eliminação do trabalho forçado e não discriminação no emprego, este último também relacionado às práticas de assédio sobre as quais ora se trata.

A obrigatoriedade de respeito aos direitos consagrados na Declaração independe da ratificação pelos países-membros da referida Organização, todavia sua efetividade resta prejudicada, porquanto não existe nenhuma sanção fixada para o caso de descumprimento¹⁸. Paralelamente à aludida Declaração, a OIT tem sua produção normativa¹⁹ composta por Convenções e Recomendações, as quais, em conjunto, compõem o denominado “Código Internacional do Trabalho”²⁰.

As Convenções consistem em tratados multilaterais, equivalentes a qualquer outro tratado internacional, classificadas em três espécies: autoaplicáveis, que podem ser executadas imediatamente após a ratificação pelo Estado-membro; de princípios, para as quais é imprescindível a adoção de outra norma interna para sua execução efetiva, ou seja, pressupõem complementação; e promocionais, entendidas como aquelas programáticas, de modo que estabelecem programas de ação a serem seguidas²¹. Logo, por equivalerem a tratado internacional – e sujeitarem-se ao regime jurídico aplicável a estes – são vinculantes àqueles Estados que a ratificam.

Por outro lado, as Recomendações são proposições de medidas ou de criação de normas pelos Estados, sem caráter vinculante. Seu efeito é tão-somente impingir ao Estado que as adotam o dever de encaminhar seu conteúdo para exame da

15 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 5. Ed. Salvador: Juspodivm. 2013. p. 469-470.

16 *Ibidem*.

17 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *op. cit.* p. 469-470.

18 OIT. Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf. Acesso em: 19 jul. 2019.

19 Os procedimentos de elaboração são detalhados no art 19 da Constituição da OIT.

20 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *op. cit.* p. 484.

21 *Ibidem*. p. 485-486.

autoridade nacional competente, para que legisle ou assuma outras providências²². Assim, acabam por inspirar a elaboração de fontes formais de direito (normas jurídicas em sentido estrito), atuando como *soft law*²³.

É nesse contexto, diante da inexistência de normatização trabalhista no que tange ao assédio sexual no ambiente laboral nacional, que se insere a relevância da aprovação da Convenção n° 190 da OIT.

3 | O MOVIMENTO SOCIAL EM REDE #METOO E SUA INFLUÊNCIA NA CRIAÇÃO DA CONVENÇÃO N°190 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

É senso comum que as tecnologias digitais modificaram as relações entre as pessoas e promoveram o surgimento de novas formas de organização da sociedade, com destaque para os novos movimentos sociais. Para o sociólogo Manuel Castells, autoridade no tema sociedade em rede, embora referidos movimentos tenham em geral sua base no espaço urbano, sua existência contínua tem lugar no espaço livre da internet²⁴, no qual vigora a autonomia da comunicação, o que possibilita seu relacionamento “com a sociedade em geral, para além do controle dos detentores do poder sobre o poder da comunicação”²⁵.

Nesse panorama, a inexistência de controle sobre a fala e a interação de massa baseada em redes horizontais de comunicação multidirecional²⁶, propiciam a quem desejar o lugar para que sejam externadas suas preocupações e sejam trazidas à luz práticas antiéticas. A circulação de informações, assim, passa a ter aptidão para contornar as hierarquias tradicionais. Ao mesmo tempo, a disseminação das tecnologias de comunicação e das redes horizontais, multimodais – que adotam diferentes meios de organização e interação – fomenta o companheirismo, pelo qual “as pessoas superam o medo e descobrem a esperança”²⁷ e, nesse contexto, “leva as pessoas a tomar as coisas em suas próprias mãos, envolvendo-se na ação coletiva fora dos canais institucionais prescritos para defender suas demandas e, no final, mudar os governantes e até as regras que moldam suas vidas”²⁸.

O uso maciço do ciberespaço, sobretudo das redes sociais via internet, é uma das maiores características dos novos movimentos sociais do século XXI, que pelos

22 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *op. cit.* p. 486.

23 “A ‘*soft law*’ (direito flexível) consiste no conjunto de normas que, apesar de não ostentarem caráter jurídico vinculante, orientam planos de conduta no Direito Internacional. As normas de *soft law* se aproximam de um ‘programa de ação’ e são elaboradas nos mais variados âmbitos do Direito Internacional, tais como fóruns internacionais de meio ambiente, economia, saúde, etc., organizações internacionais, associações internacionais e até mesmo pelos próprios Estados”. (GONÇALVES, Maria Beatriz Ribeiro. *Direito Internacional Público e Privado*. 1. ed. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 29).

24 CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 160.

25 *Ibidem*. p. 16.

26 *Ibidem*. p. 158.

27 *Ibidem*. p. 163.

28 CASTELLS, Manuel. *op. cit.* p. 157.

seus intrínsecos atributos de compartilhamento e publicidade, possuem altíssimo poder de propagação²⁹. O amplo “potencial de contágio”, na lição de Germano Schwartz e em sintonia com o sociólogo anteriormente mencionado, é incrementado pela própria existência de um espaço não hierárquico de troca incessante. O autor, ainda, faz importante constatação³⁰:

[...] Muito embora exista, hoje, o maior número de humanos que habitou a Terra, a sensação é a de que a Internet e suas redes sociais tornou o mundo uma pequena vila, já que é possível ter acesso à comunicação proveniente de qualquer lugar do globo. Por mais distante que ele se apresente fisicamente, as redes sociais fizeram do sistema social global um espaço em que a virtualidade aproxima a realidade e, por isso, aumenta a chance de contágio [...] de suas comunicações [...]

Entre as diversas redes sociais que entrelaçam pessoas conforme preferências e comportamentos, destaca-se o *Twitter*, que adquiriu notável relevância devido ao forte aspecto de instantaneidade (comum a diversas outras redes), mas também por três outras propriedades listadas por Schwartz: a possibilidade de reencaminhamento das publicações (“retuite”); o mecanismo de mensuração dos assuntos mais relevantes tratados em um lapso temporal (“*trendsmap*”); e a possibilidade de contato e troca de informações diretas com mídias, organizações e - por que não? - com pessoas famosas.³¹ Isso se imbrica com a constatação de Castells de que a chave do sucesso de um SNS (*Social Network Site*, ou seja, rede social) é a auto apresentação de uma pessoa real conectando-se com pessoas reais, e não o anonimato³².

Nessa esteira, poucos dias após uma série de denúncias de atrizes de Hollywood sobre atos de violência sexual cometidos pelo produtor da indústria cinematográfica Harvey Weinstein³³, em 15/10/2017, por intermédio da aludida rede social, a atriz norte-americana Alyssa Milano publicou a seguinte solicitação: “Se você foi assediado ou agredido sexualmente, escreva ‘eu também’ como resposta a este tuíte”³⁴. A publicação intentou ser um meio de conscientização, para se compreender a magnitude do problema (conforme expresso na imagem que originou o tuíte), mas foi suficiente para desencadear centenas de milhares de compartilhamentos (“retuítés”), bem com incitar que milhares de mulheres trouxessem à luz casos de violência sofridos, o que inclui o assédio sexual no ambiente de trabalho. Como ponto comum entre os relatos das atrizes e das demais mulheres que sofreram assédio

29 SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas?:** momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes de novos movimentos sociais do século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 109.

30 *Ibidem*. p.113.

31 *Ibidem*. p. 119.

32 CASTELLS, Manuel. *op. cit.* p. 169

33 O site BBC News Brasil publicou compilação dos fatos desde o primeiro relato de assédio. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44228482>. Acesso em: 19 jul. 2019.

34 Livre tradução do original: “If you’ve been sexually harassed or assaulted write ‘me too’ as a reply to this tweet”. Disponível em https://twitter.com/alyssa_milano/status/919659438700670976. Acesso em 20 de julho de 2019.

sexual no ambiente de trabalho, constata-se o constrangimento para a obtenção de benefício profissionais ou para evitar prejuízos, advindo de superiores hierárquicos, colegas de trabalho ou clientes.

Criou-se, assim, a *hashtag* #MeToo, que passou a ser adotada para publicizar os incidentes sofridos por atrizes, isolados ou reiterados e, juntamente, passou a servir de meio de divulgação³⁵ de histórias de mulheres espalhadas pelos continentes, conforme é possível verificar pela ferramenta *MeToo Rising*³⁶. Ainda que não exista um consenso sobre a origem da expressão com referida conotação, é certo que a divulgação por pessoa de notoriedade profissional e influência comportamental deu ao movimento os contornos ora examinados.

A indignação que decorre das más condutas sexuais e suas repercussões na psiquê das vítimas de assédio deixam evidente que o impulsionamento gigante do movimento #MeToo foi emocionalmente motivado e, também, denotam que entre as emoções propulsoras encontram-se principalmente a raiva – que se potencializa com a percepção de uma ação injusta e com a identificação do agente - e o medo – superado pelo compartilhamento do problema e pela identificação com outros³⁷. Castells destacou, outrossim, que pelas interações múltiplas e constantes as pessoas em suas redes evoluem conjuntamente³⁸ e, no que tange ao engajamento de mulheres em controvérsias públicas e em ações coletivas, trouxe valiosa lição:

[...] É essa presença maciça da mulher nas ações coletivas dos movimentos populares em todo o mundo e sua auto identificação explícita como participantes de um todo que está transformando a conscientização das mulheres e seus papéis sociais, mesmo na ausência de uma ideologia feminista articulada. [...]³⁹

Nesse panorama, o desvelar tímido e temeroso das primeiras vítimas de assédio foi transmutado em entusiasmo, a mais poderosa emoção positiva, que robustece a mobilização societária intencional e transforma os indivíduos interligados em um ator coletivo consciente⁴⁰.

Alta repercussão do movimento no cenário internacional não passou em branco para a organização internacional que visa precipuamente à melhoria das relações laborais e que há alguns anos já trabalhava especificamente com o tema violência de gênero, intentando criar diploma normativo sobre assédio sexual no trabalho,

35 Entre outras atrizes, cantoras e personalidades de reconhecimento internacional, menciona-se exemplificativamente a adesão das atrizes Mira Sorvino, Uma Thurman, Salma Hayek, Reese Witherspoon e Björk, em publicações que expuseram terem sofrido assédio sexual de pessoas relacionadas aos seus trabalhos. Disponível em: <https://www.dn.pt/vida-e-futuro/interior/um-ano-de-metoo-quem-sao-as-mulheres-que-comecaram-uma-nova-era-9939912.html>. Acesso em: 19 jul. 2019.

36 Ferramenta disponibilizada pelo *Google*, que agrega as buscas pela *hashtag* #MeToo de acordo com a localidade e data. Disponível em <https://metoorising.withgoogle.com/>. Acesso em 20 de julho de 2019.

37 CASTELLS, Manuel. *op. cit.* p. 158.

38 CASTELLS, Manuel. *op. cit.* p. 169.

39 *Idem*. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 224.

40 CASTELLS, Manuel. *op. cit.* p. 158.

contudo sem ainda concretizá-lo. Assim, no relatório que precedeu o encontro deste ano (para a 107^a Conferência, em 2018), cujo enfoque era o trabalho da mulher, o Diretor-Geral da OIT, sem ignorar que a agenda de proteção ao trabalho decente OIT sempre envolveu a luta contra a injustiça no mundo do trabalho feminino, destacou a urgência no tratamento mais efetivo das questões atinentes ao assédio, com ênfase no que descreveu como “campanha viral” *#MeToo*:

[...] De qualquer forma, as mulheres estão com raiva e cada vez mais expressam essa raiva. Isto é demonstrado pelas grandes manifestações contra a violência de gênero na América Latina com a campanha Ni Una Menos, ou as campanhas virais *#MeToo* e Time's Up para protestar contra o assédio sexual e estupro. Casos recentes de mulheres proeminentes personalidades que, ao saberem que recebiam bem menos do que seus colegas do sexo masculino, renunciaram porque não iriam se contentar com menos do que o salário igual, mostram quão pouco manejável a desigualdade é. Mas eles também mostram que as mulheres estão cada vez menos dispostas a tolerar práticas inaceitáveis. Há um sentimento generalizado de que estamos em um ponto de virada no longo caminho para a igualdade de gênero. Mas isso dependerá da nossa indignação em ação, particularmente nos locais de trabalho e nos mercados de trabalho. ⁴¹ [...]

Nas discussões decorrentes do mencionado relatório⁴² todas as categorias presentes (governo, trabalhadores e empregadores, de acordo com a composição tripartite)⁴³ deram amplo realce ao movimento *#MeToo*⁴⁴. Destacou-se, primeiramente, que o alcance do trabalho decente pressupõe a luta contra a questão crucial do assédio e da violência, e que a luta contra a violência em desfavor das mulheres tem estado no centro dos movimentos destas desde o seu início, entretanto

[...] a campanha *#MeToo* deu início a um impacto imprevisível. Mulheres em todo o mundo finalmente perceberam que é suficiente o suficiente. Nesta situação, temos na mesa uma proposta. Não podemos nos dar ao luxo de perder oportunidade agora para enfrentar a enorme questão da violência e do assédio no mundo do trabalho. Precisamos de uma convenção forte apoiada por uma recomendação. Isso é importante por si só mas também é um passo crucial no caminho para possibilitar a participação plena e vida de trabalho. Isso, por sua vez, lhes dará a

41 In any case, women are angry, and more and more are expressing that anger. This is shown by the large demonstrations against gender-based violence seen in Latin America with the Ni Una Menos campaign, or the viral *#MeToo* and Time's Up campaigns to protest against sexual harassment and rape. Recent cases of prominent women media personalities who, on learning that they were paid considerably less than their male peers, resigned because they would not settle for less than equal pay, show how intractable pay inequity is. But they also show that women are increasingly less willing to tolerate these unacceptable practices. There is widespread sentiment that we are at a turning point on the long road to gender equality. But that will depend upon our turning indignation into action, particularly at workplaces and in labour markets. Livre tradução do relatório original em inglês. Disponível em http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/107/reports/reports-to-the-conference/WCMS_629239/lang--en/index.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

42 Tradução livre do original em inglês. Transcrição integral dos debates relativos à 107^a da CIT disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_646271.pdf. Acesso em: 19 jul. 2019.

43 Artigo 3^a da Constituição da OIT.

44 Em que pese a adesão uníssona pelas diferentes categorias que compuseram a CIT, convém noticiar que em todas suas seis falas o Brasil foi omissos quanto ao tópico assédio sexual, optando por ocupar seus espaços de manifestação para defender a necessidade de flexibilização da legislação trabalhista.

capacidade de se sustentar e se tornar economicamente independente⁴⁵.

Corroborando esse posicionamento, o representante do governo da Islândia salientou que a violência contra as mulheres no trabalho, que abarca o assédio sexual, está arraigada na discriminação baseada nos estereótipos de gênero, e gera efeitos devastadores, razão pelo qual a prevenção deve ser o foco. Embasando ainda mais sua posição, reforçou que: “Como aprendemos no inverno passado através das mídias sociais, em relação ao movimento *#MeToo*, a violência sexual e o assédio são generalizados em nossas sociedades, especialmente nos locais de trabalho”⁴⁶.

Na mesma linha de diálogo tripartite, o representante do governo da Suécia trouxe à sua fala a campanha *#MeToo*, e o representante da classe trabalhadora do mesmo país relembrou o papel da Organização na defesa do trabalho decente, equidade, democracia, igualdade de gênero, liberdade e segurança e, nesse norte, enfatizou que:

[...] O movimento global *#MeToo* testemunhou os milhões de mulheres que são vítimas de assédio e violência em suas vidas diárias. Essa discriminação é aparente em todos os lugares, mas mostra claramente que a maioria dos assédios ocorre nos locais de trabalho das mulheres. É hora de parar de falar. Agora precisamos de ação, e é por isso que nós, os trabalhadores da Suécia, pedimos aos governos e empregadores que atendam à nossa demanda por uma nova Convenção, juntamente com uma Recomendação contra o assédio e a violência contra mulheres e homens no mundo do trabalho. O diálogo social é uma pedra angular da OIT. [...]⁴⁷

O governo do Quênia, outrossim, salientou o proeminente papel da campanha *#MeToo* contra o assédio sexual e violência. Outros participantes da 107ª Conferência, ainda, lembraram que a campanha *#MeToo* chama a atenção para o assédio sexual, especialmente na indústria de filmes, entretanto “sabemos que o assédio sexual é uma ocorrência diária regular para mulheres trabalhadoras na agricultura, hotéis e restaurantes”⁴⁸.

O governo da Coreia do Sul, ao lado de argumentar que o assédio por gerentes do sexo masculino que têm poder sobre mulheres é uma ameaça a um ambiente de trabalho seguro, salientou que “A campanha *#MeToo* revelou numerosos casos de violência e assédio enfrentados por mulheres trabalhadoras no mundo do trabalho e uma determinação coletiva de mudar”. Sinalizou, nesse contexto, a necessidade desesperada de novo impulso para a igualdade no local de trabalho, com a criação de nova norma sobre violência e assédio no trabalho, qual seja, uma Convenção, acompanhada de uma Recomendação.

45 Trecho da fala de trabalhador da Noruega, conforme livre tradução obtida a partir da transcrição integral dos debates da 107ª CIT, já referenciada anteriormente.

46 Tradução livre do original em inglês, conforme transcrição da 107ª CIT, já referenciada no texto.

47 Tradução livre do original em inglês, conforme transcrição da 107ª CIT, já referenciada no texto.

48 Tradução livre do original em inglês, conforme transcrição da 107ª CIT, já referenciada no texto.

Foi nesse cenário, de pleno reconhecimento acerca das brutalidades a que são submetidas muitas mulheres no ambiente de trabalho, e de ampla consideração sobre os movimentos sociais digital que se interpuseram, notadamente o *#MeToo*, que a Convenção foi publicada⁴⁹.

Como resultado, criou-se texto que reconheceu escancaradamente que a violência e o assédio “atingem mulheres e jovens de maneira desproporcional” e, ao mesmo tempo, ampliou o espectro dos debates, incluindo a proteção a trabalhadores de ambos os sexos, no setor privado e público⁵⁰. Por conseguinte, determinou aos Estados-membros que adotem uma legislação que defina e proíba a violência e assédio no mundo do trabalho, com inclusão da violência e assédio por razão de gênero (artigo 7º), com criação de procedimentos de denúncias e investigação e medidas de assistência jurídica, social e médica para as vítimas, bem como assegure o afastamento de uma situação sem represálias ou outras consequências indevidas, entre outras medidas. A entrada em vigor ocorrerá somente 12 meses após ser ratificada por dois Estados-membros, conforme artigo 14 do seu texto, no entanto já representa notável avanço no engajamento global de promoção ao ambiente laboral saudável e sem violência.

4 | CONCLUSÃO

O presente estudo iniciou com a investigação teórica sobre o assédio sexual vinculado ao trabalho, analisou sua nocividade e contrapôs com a inexistência de legislação protetiva na esfera laboral brasileira. Na sequência, pontuou aspectos latentes dos novos movimentos sociais que utilizam a internet como veículo de propagação, ponderou sobre a ascensão do específico movimento *#MeToo* e, finalmente, examinou pormenorizadamente os debates preparatórios à efetivação da criação de norma de direito internacional.

O enfrentamento da questão de violência relacionada ao trabalho (especificamente o assédio sexual, com enfoque nas mulheres) ainda é matéria estranha à nossa legislação trabalhista, cuja tutela limita-se a eventuais reparações por danos extrapatrimoniais, amparando-se também na legislação penal. Premidas pela necessidade de subsistência ou pelo medo de retaliação que tolha a prosperidade profissional, mulheres das mais diferentes profissões silenciam diante de agressões perpetradas no ambiente laboral.

Ainda que a questão seja recorrentemente trazida à tona nos espaços de estudo e de debates, persiste notável distância entre a agenda conduzida por mulheres e

49 Interessante observar que o Brasil absteve-se da votação acerca da Convenção.

50 Tradução livre do original em espanhol. Texto original da Convenção disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190.

Acesso em: 20 jul. 2019.

instituições e as políticas e normas efetivamente implementadas. Diante disso, como mais uma frente de atuação, no contexto da atual e ampla difusão de movimentos pelos espaços transnacionais propiciados pela internet, cresce o engajamento das mulheres nas controvérsias públicas existentes, que ao afetá-las individualmente, mas massivamente, representam violação a direitos humanos.

A imperiosa necessidade de expor más condutas e seus autores, de revelar emoções de medo e raiva, bem como de equalizar direitos, encontra no processo de ação comunicativa pelos movimentos em rede um espaço livre e sem hierarquização, que permite a identificação recíproca capaz de retroalimentar o compartilhamento sucessivo de relatos e informações, tal como ocorreu no movimento *#MeToo*. Fortalecidas pelo companheirismo propiciado pelas redes horizontais virtuais, robusteceu-se a luta pelo alcance de um desejo uníssono: o respeito à dignidade, que perpassa pela eliminação do assédio sexual nas relações laborais.

Como resultado, ainda que a OIT já considerasse há algum tempo a elaboração de Convenção com similar teor, evidenciou-se que o impacto do envolvimento massivo na campanha *#MeToo* foi amplamente considerado na urgência de criação de norma jurídica de natureza internacional, e claramente referido por diversos dos membros participantes dos atos preparatórios, o que fomentou a atual aprovação, do que se infere sua força para efetivamente modificar os patamares jurídicos.

Resta agora, contudo, aguardar os desdobramentos da referida Convenção nº 190 da OIT no ordenamento jurídico interno, o que nos parece depender da permeabilidade do Estado à incorporação de pautas feministas e de respeito à dignidade humana, assunto que poderá ser oportunamente tratado em novo trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. 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: 10 jul. 2019.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**, 4 Ed., São Paulo: LTr, 2008.

BIROLI, Flavia. **Gênero e desigualdades**: limites da democracia no Brasil. 1 ed. São Paulo: Boitempo.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito Do Trabalho**. 17 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: LTr, 2018.

DINIZ, Maria Ilidiana. **Mulheres como eu, mulheres como as outras**: o assédio moral e sexual contra mulheres na esfera do trabalho. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ELEUTÉRIO, Júlia Melim Borges. **(Des)Igualdade de gênero nas relações do trabalho**: por um novo paradigma relacional a partir da desconstrução da cultura machista. 1 ed. - Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. **Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Ed. Positivo, 2008.

MARQUES, Rafael da Silva. Artigos 447 a 486. *In*: SOUZA, Rodrigo Trindade de (org.). **CLT comentada pelos juízes do trabalho da 4ª Região**. São Paulo: LTr, 2015.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flavia. **Feminismo e Política**. [recurso eletrônico]. 1 Ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

OIT. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. **Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**. Disponível em: https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Report of the Director-General. International Labour Conference. 107th Session, 2018. Disponível em http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/107/reports/reports-to-the-conference/WCMS_629239/lang--en/index.htm. Acesso em 19 jul. 2019.

_____. 107th Session of the International Labour Conference Geneva. Transcript of the discussion of the Reports of the Director-General and the Chairperson of the Governing Body. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/genericdocument/wcms_626667.pdf. Acesso em 19 jul. 2019.

_____. Convenção nº 190 da OIT. **Trata da eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho**. Texto original em espanhol disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711719.pdf. Acesso em 19 jul. 2019.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 5 Ed. Salvador: Juspodivm. 2013.

SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas?**: momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes de novos movimentos sociais do século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TESTAMENTO VITAL E A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Data de aceite: 27/02/2020

Data da submissão: 10/12/2019

Jucelaine Germano de Mattos Stadler

Universidade Positivo - Curitiba/PR

Fabiana Baptista Silva Caricati

Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba - Curitiba/PR

<http://lattes.cnpq.br/2825902027291216>

RESUMO: A proteção da vida sempre foi primazia no ordenamento jurídico, sempre resguardada para que fosse usufruída de forma digna. Com o avanço científico-tecnológico houve crescentes inovações de métodos de intervenções médicas a fim de proteger a vida e até mesmo prolongá-la. Contudo, quando um paciente encontra-se em um quadro clínico de terminalidade, ou seja, seu estado de saúde é irreversível, a utilização das mais novas técnicas médicas para o prolongamento da vida significa, muitas vezes, maior sofrimento para o enfermo e seus familiares e, em segundo plano, um gasto financeiro desnecessário, já que são tratamentos meramente protelatórios. A fim de garantir que seja dado um tratamento digno ao enfermo no final de sua vida, afastando qualquer tratamento desumano, é que foi criado o instituto do testamento vital, que é o instrumento pelo qual o paciente deixa expressos quais são os tratamentos a

que deseja ou rejeita ser submetido, quando sua condição de saúde for irreversível. Ainda que precariamente, o testamento vital vem resguardado pela Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM). O médico que porventura descumprir a disposição de vontade do paciente poderá responder no âmbito civil e administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Testamento vital. Autonomia. Morte. Responsabilidade. Médico.

VITAL TESTAMENT AND LIMITATION OF CIVIL LIABILITY OF THE PHYSICIAN

ABSTRACT: The protection of life has always been paramount in the legal system, always safeguarded for it to be enjoyed in a dignified way. With scientific-technological advancement there have been increasing innovations in methods of medical interventions in order to protect life and even prolong it. However, when a patient is in a clinical condition of terminality, that is, their state of health is irreversible, the use of the newest medical techniques for the prolongation of life often means greater suffering for the patient and his relatives and, in the background, an unnecessary financial expense, since they are purely palliative treatments. In order to ensure that a dignified treatment is given to the sick at the end of his life, bypassing any inhumane treatment, the institute of the living will has been

created, which is the instrument by which the patient expresses what treatments he wishes or rejects be submitted when their health condition is irreversible. Even though precariously, the vital will is protected, solely, by the Resolution 1995/2012 of the CFM. The doctor who may fail to comply with the willingness of the patient may respond in civil and administrative terms.

KEYWORDS: Living will. Autonomy. Death Responsibility. Doctor

1 | INTRODUÇÃO

O avanço científico e tecnológico alcançado nas últimas décadas vem proporcionando a modernização na área da saúde, possibilitando a implementação dos mais variados tratamentos para melhor qualidade de vida, assim como o seu prolongamento.

Frente a esse progresso a medicina tem buscado meios para solucionar antecipadamente as disfunções que o organismo humano venha apresentar, assegurando tratamentos medicamentosos e/ou cirurgias mais precisas e menos invasivas.

Além do aprimoramento das técnicas preventivas, esse desenvolvimento científico tem viabilizado o aperfeiçoamento de procedimentos que visam prolongar o tempo de vida de uma pessoa acometida por uma doença terminal.

Contudo, quando um paciente encontra-se em um quadro clínico de terminalidade, ou seja, seu estado de saúde é irreversível, a utilização das mais novas técnicas médicas para o prolongamento da vida significa muitas vezes maior sofrimento para o enfermo e seus familiares e, em segundo plano, um gasto financeiro desnecessário, já que são tratamentos meramente protelatórios.

O instituto do testamento vital foi criado a fim de garantir que seja dado um tratamento digno ao enfermo, no final de sua vida, preservando a autonomia de vontade do paciente e afastando qualquer tratamento desumano, quando o mesmo já estiver impossibilitado de se comunicar.

O presente trabalho, por meio de uma pesquisa de revisão bibliográfica, tem como proposta discutir o testamento vital e o limite que esse instituto veio trazer para a responsabilização do médico quando este cumpre as diretivas de vontade do paciente. Para tanto, buscou-se analisar brevemente esse instituto, apresentando seus elementos fundantes, que são: a autonomia de vontade; dignidade da pessoa humana; morte digna. Por fim, foi analisada também a responsabilidade do médico frente ao testamento vital.

2 | BREVE CONSIDERAÇÃO SOBRE O TESTAMENTO VITAL

O testamento vital é o instrumento pelo qual o paciente deixa expressos quais são os tratamentos a que deseja ou não ser submetido quando sua condição de saúde for irreversível, ou esteja impossibilitado de expressar suas vontades.

Para Godinho o testamento vital:

[...] consiste num documento, devidamente assinado, em que o interessado juridicamente capaz declara quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros em que se encontre em situação que o impossibilite de manifestar sua vontade, como, por exemplo, o coma (GODINHO, 2012, p.956).

Assim também expõe Borges, que o testamento vital:

[...] é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade. Visa-se com o testamento vital, a influir sobre os médicos no sentido de uma determinada forma de tratamento ou, simplesmente, no sentido do não-tratamento, como uma vontade do paciente que pode vir a estar incapacitado de manifestar sua vontade em razão da doença (BORGES, 2001, p.283) .

Ainda que a literatura assevere que o instituto em pauta deva ser um documento assinado pelo paciente, essa exigência não se faz obrigatória para que haja validade da vontade do enfermo. Basta que o adoentado informe ao médico quais as medidas terapêuticas deseja ou não deseja que lhe sejam prestadas quando estiver em estado terminal. Essas informações serão anexadas em seu prontuário e passarão a valer quando seu quadro médico for incurável, ou quando estiver impossibilitado de se comunicar.

Todavia, para que haja validade da expressão de vontade, o paciente deverá estar em pleno gozo de suas faculdades mentais, ou seja, plenamente consciente e lúcido.

O testamento vital foi idealizado nos Estados Unidos da América, na década de 1960 (*“living will”*, traduzido para o português por “testamento vital”), pelo advogado Luis Kutner, sendo transformado em lei somente em 1990.

Atualmente o instituto é regulamentado em quase toda Europa, assim como nos Estados Unidos, México, Argentina e Uruguai. No Brasil não existe legislação específica garantindo a autodeterminação do paciente, todavia, a Constituição Federal brasileira contempla os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e a proibição de tratamento desumano.

Frente à ausência de regulamentação específica e sendo necessário resguardar a autonomia de vontade do paciente, o Conselho Federal de Medicina se adiantou em relação à legislação, editando a Resolução 1995/2012, definindo o testamento vital

(denominado “diretivas antecipadas de vontade”) como conjunto de desejos sobre os cuidados e tratamentos que uma pessoa quer ou não receber quando estiver sem capacidade de expressão.

O testamento vital tem por escopo resguardar a dignidade do ser humano, velando pela prerrogativa de escolha que esse possa ter quando estiver no fim de seus dias e não puder mais exprimir suas vontades e seus desejos no que concerne dirigir o curso do seu tratamento médico.

Para Saldanha:

É inequívoco o direito de manifestação de vontade prévia, ainda, que não exista legislação específica regulamentando como deve ser o documento, requisitos de validade, e também seu possível e necessário prazo de validade (SALDANHA, 2017, p.85).

Assim, estando o enfermo no gozo pleno de suas faculdades mentais, ao declarar verbalmente ou dispor em um documento a quais métodos de tratamento deseja ser submetido, ficará o médico, sua equipe e familiares do paciente vinculados à sua decisão, a qual não poderá ser modificada ou relativizada, ressalvado quando estiver em contrariedade à ética médica, posicionamento esse também defendido por Rodrigo:

Levando em consideração a real vontade do paciente, cumpre destacar que a vontade apresentada através de um documento não tem como ser modificada nem por parecer médico nem mesmo por vontade da família, sendo absoluto seu vigor (SALDANHA, 2017, p.83).

Apesar da ausência de lei específica, a relevância jurídica da manifestação de vontade como pressuposto da autonomia, em respeito à dignidade humana, é uma garantia constitucional, trazida pelo inciso II do art. 5º da Constituição Federal, que determina que ninguém será compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei, deste modo, assegurando que o indivíduo tenha liberdade sobre seu corpo, sua saúde e vida (CARICATI, 2018).

Por sua vez, o Código Civil, precisamente em seu artigo 15, também dispõe acerca da necessidade de colher o consentimento do enfermo para intervenções terapêuticas, ao determinar que ninguém poderá ser constrangido a aderir à terapia médico-hospitalar. Neste sentido, se vislumbra que as diretrizes do testamento vital estão asseguradas no princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da autonomia privada, permitindo que a liberdade de escolha de cada indivíduo seja respeitada.

3 | PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Autonomia representa a liberdade do indivíduo em direcionar sua vida privada.

A autonomia da vontade corresponde ao exercício da subjetividade, onde o indivíduo toma suas escolhas conforme sua formação humana, experiência de vida e sentimento que carrega de forma momentânea.

Afirma Fachin, que:

[...] o sujeito moderno é concebido enquanto ser que se autodetermina, que decide livremente sobre sua vida, com vistas ao autodesenvolvimento da personalidade, já que esta possui capacidade de dominar a si e a natureza através da razão (FACHIN, 2005, p.62).

Além de ser o exercício de uma subjetividade, representa em verdade a manifestação da privacidade do indivíduo. Logo, pode se destacar que a vontade do homem surge em virtude da satisfação já experimentada e/ou refletida com suas experiências, e que por sua natureza e suas vontades tendem a caminhar para o bem, pois a inteligência e a vontade manifesta a natureza racional do homem.

Dadalto assevera em suas lições:

Verifica-se que as relações jurídicas existenciais no ordenamento jurídico brasileiro são tuteladas pelo princípio da autonomia privada que, por sua vez, está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois o reconhecimento da autonomia privada do indivíduo importa, por consequência, no reconhecimento da dignidade da pessoa humana (DADALTO, 2013, p.34).

Assim, a manifestação de vontade sobre ser submetido ou não a um tratamento desnecessário para recuperação do adoentado ou procedimentos médicos que apresentam risco à saúde, é o exercício da autonomia de vontade.

Para que o paciente possa expressar de forma clara e precisa sua vontade, se faz necessário que o médico seja totalmente aberto quanto ao quadro de saúde do paciente, bem como quais as intervenções clínicas possíveis para o caso, e suas implicações.

O médico tem o dever de prestar os esclarecimentos necessários de modo facilitado, ou seja, deve usar uma linguagem de fácil entendimento, para que a informação transmitida seja assimilada e compreendida com calma e serenidade, para só então o paciente poder formar sua convicção acerca de quais procedimentos deseja, ou não, ser submetido.

Liberdade de consentir, autonomia e autodeterminação são elementos fundamentais do testamento vital, o qual garante a sujeição do médico, de sua equipe, e dos familiares, à expressão de última vontade do doente.

4 | DIREITO À MORTE DIGNA

A morte é uma condição intrínseca à vida de todo ser humano, porém ela se apresenta com várias nuances. Às vezes de forma rápida, como nos casos dos mais variados tipos de acidentes fatais, entretanto, como na maioria dos casos, a morte chega de forma lenta e, em muitas ocasiões, com dor e aflição.

Conceder uma morte em condições dignas ao enfermo é conferir aplicabilidade ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este inerente aos direitos da personalidade, ou seja, é direito essencial do ser humano ter uma vida digna no curso do seu tempo e poder encerrá-la da forma menos angustiante.

Para Santoro, a concepção de morte digna deve ser entendida:

[...] no sentido de ser a morte o final da existência humana, ou melhor, o caminho natural de todos os homens. Esta é a razão pela qual sendo a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental a ser respeitado em todos os momentos, existe o direito à morte digna tanto quanto o direito a uma vida digna (SANTORO, 2012, p. 86).

Quando o paciente está adoentado de modo que a morte é condição irreversível, o prolongamento da vida, por manobras terapêuticas ou por mecanismos artificiais, desencadeiam um sofrimento prolongado e uma vida sem qualidade.

Nesse sentido discorre Luciana Pereira:

Sendo assim, as tecnologias para atacar as dores físicas, nem sempre atuam ou exterminam o sofrimento, se for analisado o indivíduo como um todo (não só a doença). Pode existir a diminuição da dor, mas não do sofrimento. Por isso a vontade do paciente tem que ser respeitada quanto ao tratamento de saúde que queria receber na terminalidade de sua vida (PEREIRA, 2018, p. 38).

Nessa seara, o testamento vital é mecanismo pelo qual o paciente, quando em estado terminal ou fora de possibilidade de tratamento, afasta essa dilação inócua e desproporcional de sua vida, passando então o adoentado a determinar como quer que se proceda o fim de seus dias.

O testamento vital é instituto específico, que resguarda a autonomia da vontade do paciente (vontade esta que deve ser expressa sem qualquer vício de consentimento), não podendo ser confundido com outros procedimentos, tais como a eutanásia, que é proibida pelo nosso ordenamento jurídico, a distanásia e a ortotanásia.

Nas palavras do Dr. e Professor Antônio Carlos Lopes:

A eutanásia é o ato de provocar a morte de outra pessoa que está em sofrimento por conta de alguma doença grave, conduta considerada ilegal e antiética em nosso país. Já a ortotanásia (que vem do grego e significa “morte digna”) é a decisão de retirar, sem causar sofrimento, equipamento ou medicações que servem para prolongar a vida de um doente terminal sem esperança. Por fim, a distanásia é

É imperioso destacar que, no testamento vital, o paciente não poderá dispor acerca da recusa dos cuidados paliativos, cuidados que lhe trarão conforto e bem estar para encarar o término da vida. Neste diapasão, somente serão consideradas válidas as recusas que se referirem a tratamentos considerados fúteis, ou seja, que não ofereçam benefícios ou que, embora ofereçam, estes benefícios sejam tão pequenos que o seu potencial maléfico o superem.

De maneira alguma pode ser esquecido que o enfermo, ainda que no leito de morte, é um ser em existência, que deve ter todos seus direitos resguardados, principalmente sua dignidade, autonomia de vontade e o fim de sua vida de forma digna e menos gravosa.

5 | LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

Como tratado no tópico acima, o testamento vital é um instituto próprio, que está pautado na vontade consentida pelo paciente, a qual deve ser livre de qualquer vício.

O Conselho Federal de Medicina dispôs em seu Código de Ética - Resolução 1931/2009, no capítulo I, que o profissional deve aceitar as escolhas do paciente em relação a tratamentos. Já no capítulo IV, proíbe o profissional de atentar contra a autonomia da vontade do paciente, que poderá recusar a terapia médico-hospitalar.

Isso quer dizer que o consentimento informado é uma manifestação de vontade do adoentado que concorda ou não com o tratamento de saúde, ou seja, tem sua autonomia e liberdade respeitadas.

Porém, para que o profissional da saúde possa se resguardar de eventuais questionamentos sobre sua conduta, seja administrativa ou juridicamente, deverá se atentar para duas situações específicas:

A primeira situação que deve ser cuidadosamente observada é quanto à clareza das informações. O médico deve ser extremamente preciso e o mais inteligível possível para o paciente. É obrigatório o médico revelar todos os fatos necessários para que o enfermo possa fazer uma decisão inteligente, ou seja, deverá ser claro quanto aos riscos envolvidos pela sujeição ou rejeição da intervenção médica e/ou quais as alternativas clínicas existentes para o adoentado.

Esse processo de ampla informação ao adoentado legitima a conduta dos profissionais da saúde e tem seus efeitos limitados à manifestação de vontade do paciente, pois a decisão do enfermo será clara quanto a eventuais riscos que sua saúde venha a correr.

O segundo ponto muito importante a ser atentado pelo profissional da saúde é em relação a observação da disposição do paciente, quando este já tiver feito sua escolha de passar ou não por tratamento clínico.

Num passado não muito distante o antigo Código de Ética Médica (1998) proibia a utilização de meios destinados a abreviar a vida do paciente. As mudanças no cenário social, em conjunto com o avanço das técnicas científicas, possibilitaram uma análise da real qualidade da vida do enfermo, o qual tinha sua vida prolongada. Essa postura da visão médico-social se solidificou com a disposição da Resolução 1.805/2006 (que veio colocar a salvo o médico que porventura adotasse procedimentos que configurassem ortotanásia), com a atualização do Código de Ética Médica - Resolução 1931/2009 (que trouxe respeito à autodeterminação do paciente), e com a Resolução 1995/2012 (que trata das diretivas antecipadas de vontade do paciente, o testamento vital).

Assim, no cenário atual o médico deverá respeitar a vontade do paciente, ainda que essa seja aparentemente a negação da vida.

O atual Código de Ética é claro em se posicionar contra a distanásia, pois entende que (em alguns casos) certos procedimentos são irrelevantes à recuperação do paciente, devido ao seu estado clínico ou avançado da enfermidade.

Com base nisso Saldanha afirma que:

A liberdade para consentir (sem nenhum tipo de coação) e a liberdade em termos de integridade pessoal (autodeterminação) significam que o profissional da saúde não pode impor um procedimento ao qual o paciente não queira submeter-se. A partir do momento em que o paciente esteja ciente de suas condições e das possibilidades de tratamento, ele é livre para escolher e consentir, pois possui garantia de liberdade para tanto (SALDANHA, 2017, p. 70).

Nesse diapasão, caso o paciente não queira ser tratado de uma determinada forma, a imposição de tal tratamento, ainda que na visão médica essa intervenção seja benéfica, implicará na agressão à integridade física do paciente.

A manifestação da vontade do enfermo não poderá ser recusada pelo médico e sua equipe, caso haja recusa na aplicação das disposições impostas, o médico poderá ser punido até mesmo com a perda de seu registro profissional.

Para que haja a responsabilidade civil do profissional, faz-se necessária a incidência dos seus elementos: culpa *stricto sensu*, dano e nexos de causalidade. Ao observar a manifestação de vontade do paciente, quanto ao tratamento que deseja ou não ser alcançado, o médico não está agindo com negligência, imperícia ou imprudência, pois se pressupõe que este está conferindo efetividade à autonomia do paciente que deseja dignidade em sua morte.

Seria também impossível a consolidação do nexos de causalidade entre o ato médico e a morte do paciente, visto que o testamento vital só possui efeitos quando

o paciente encontra-se em estado terminal ou sem possibilidades de manifestar sua vontade. Assim, em razão da própria enfermidade, não há possibilidade de reversão do quadro do paciente. Há, sim, a possibilidade de prolongar sua vida, destituída, contudo, de qualidade e bem-estar.

Nesse sentido, impossível atribuir o evento morte, especialmente porque o médico não privou o paciente de cuidados essenciais, pelo contrário, afastou os cuidados inócuos à recuperação.

Hoje, o médico possui todo o respaldo jurídico para que possa fazer ou deixar de fazer procedimentos médicos, não correndo risco de sofrer processos judiciais e eventuais indenizações, desde que realizados todos os esclarecimentos necessários ao paciente e, posteriormente, respeitada a tomada de decisão do adoentado.

6 | CONCLUSÃO

O presente estudo destinou-se à análise do testamento vital e a limitação que este instituto trouxe à responsabilidade civil do médico. Para tal, trabalhou-se essencialmente com levantamento doutrinário e jurisprudencial. Considerando que o testamento vital é tema que se insere em diversos ramos, o estudo extrapolou o campo do ordenamento jurídico, adentrando na área ética.

Concluiu-se, enfim, que não há como responsabilizar civilmente o médico que observar as diretrizes de vontade de um paciente, pois a conduta do profissional daria azo à última expressão de vontade do enfermo, não gerando culpa, dano ou nexo de causalidade.

Não há culpa, seja sob a forma de negligência, imprudência ou imperícia, pelo fato de o médico estar cumprindo com a determinação imposta pelo adoentado, a qual é absoluta. Contudo, ainda que o enfermo se recuse a passar por tratamento, o profissional da saúde obrigatoriamente fará com que os cuidados paliativos e a preocupação com o bem-estar do paciente em fase terminal sejam observados, ocorrendo, portanto, diligência (atenção à “qualidade de morte” do paciente), prudência (constatação da terminalidade do paciente e obtenção de seu consentimento informado) e perícia (conhecimento técnico).

Não há nexo de causalidade entre o ato do médico e a morte do paciente, pois os termos impostos no testamento vital, ou ditados ao médico, apenas serão efetivados quando o enfermo estiver no estágio terminal de vida, ou seja, a morte ocorre em razão da evolução da enfermidade, pois os tratamentos extraordinários seriam administrados para prolongar a quantidade da vida, porém sem qualidade.

Contudo, caso o paciente não queira ser tratado de uma determinada forma, a imposição de tal tratamento, ainda que para o médico essa intervenção seja benéfica,

implicará em agressão à integridade física do paciente. Nessa ocasião recairá sobre o médico a responsabilização, podendo o médico ser punido até mesmo com a perda de seu registro profissional.

Portanto, conclui-se que o médico que obedece às instruções dirigidas pelo paciente para o fim de seus dias, não pode ser responsável civilmente pelo ato em si ou pela conseqüente morte do paciente. Ao contrário, age de forma a garantir a autonomia do mesmo com vistas à melhor qualidade de morte possível, em verdadeira realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamente vital, análise constitucional e penal da vida, os novos desafios**. São Paulo: RT, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 20.05.2019.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 20.05.2019

CARICATI, Fabiana Baptista Silva. **As diretivas antecipadas de vontade e o livre consentimento**. 2018. Artigo apresentado para conclusão da disciplina Tutela Direitos de Personalidade na Atividade Empresarial do Programa de Mestrado em Direito pala Unicuritiba.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1246/88. Rio de Janeiro, Idéia & Produções, 1988.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em 20.05.2019.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. São Paulo: Foco, 2013.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. São Paulo: Foco, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Fundamentos, limites e transmissibilidade: Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro**. Revista da EMER, v.8, n.31, 2005.

LOPES, Antônio Carlos. **Os limites da vida e as limitações da Justiça do Brasil**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24947:os-limites-da-vida-e-as-limitacoes-da-justica-do-brasil&catid=46:artigos&Itemid=18. Acesso em 01/06/2019.

NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Luciana Mendes. **Testamento vital: à luz do direito e análise do discurso**. Curitiba: Juruá, 2018.

SALDANHA, Rodrigo Róger. **Testamento vital: aspectos controversos e a autonomia do enfermo**. Curitiba: Juruá, 2017.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna: o direito do paciente terminal**. Curitiba: Juruá, 2012.

UMA ANÁLISE DO *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* E SUAS APLICAÇÕES JURÍDICAS

Data de aceite: 27/02/2020

Beatriz Guimarães Menezes

Acadêmica do 2º Período do curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas, e-mail: beatrizguimaraesmenezes@gmail.com

Edilson dos Santos Oliveira Neto

Acadêmico do 4º Período do curso de Direito da Faculdade Martha Falcão Wyden, e-mail: edilsonneto510@gmail.com

Lara Gomes Pontes Pessoa

Acadêmica do 4º Período do curso de Direito da Faculdade Martha Falcão Wyden, e-mail: lgpontesp@gmail.com

Pedro Vieira Maciel

Acadêmico do 4º Período do curso de Direito da Faculdade Martha Falcão Wyden, e-mail: pedrovieiramaciel@hotmail.com

Milke Cabral Alho

Professor Mestre do curso de Direito da Faculdade Martha Falcão Wyden, e-mail: milke.alho@fmf.edu.br

RESUMO :O presente artigo tem como objetivo analisar a história do direito para compreender o atual funcionamento do sistema jurídico e dos institutos que o compõem. As tradições civil law e common law constituem os dois principais modelos jurídicos existentes, formando dois sistemas de justiça que se desenvolveram de

forma distinta, em razão de sua origem histórica na sociedade. É interessante observar que ambos sofreram influência do direito romano em sua formação, mas reagiram a esta interferência de maneira distinta. Em seguida, desenvolveu-se uma revisão bibliográfica de autores que se dedicaram aos estudos das leis e princípios que integram a área em questão, enunciando-os e citando suas aplicações como ferramenta empírica. Finalmente, conclui-se evidenciando sua importância como instrumento, entretanto, o civil law almeja a segurança por meio de leis, ao passo que, o common law a busca por meio de precedentes judiciais. Verifica-se a aproximação entre os dois sistemas, com a constante troca de informações, principalmente em razão da globalização judicial, ocorre uma influência mútua que provoca reflexos nos ordenamentos jurídicos de diversos países, inclusive no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, Formação Jurídica, Sistema jurídico.

ABSTRACT : This article aims to analyze the history of law to understand the current functioning of the legal system and the institutes that comprise it. The civil law and common law traditions constitute the two main existing legal models, forming two systems of justice that have developed in a distinct way, because of their historical origin in society. It is interesting

to note that both were influenced by Roman law in their formation, but reacted to this interference in a different way. Then, a bibliographical review was developed of authors who were dedicated to the studies of the laws and principles that integrate the area in question, enunciating them and citing their applications as an empirical tool. Finally, it concludes by showing its importance as an instrument, however, civil law seeks security through laws, while common law seeks judicial precedents. The relationship between the two systems is verified, with the constant exchange of information, mainly due to judicial globalization. There is a mutual influence that provokes repercussions in the legal systems of several countries, including Brazil.

KEYWORDS: Law, Legal Training, Legal System.

1 | INTRODUÇÃO

O estudo dos principais sistemas jurídicos na cultura ocidental é um ponto valioso para o indivíduo. Quando exploramos mais a fundo o propósito dos modelos jurídicos, percebemos que eles nos cercam. Abrir nossas mentes para noções jurídicas é um valor significativo.

As aplicações dos sistemas jurídicos que não apenas opera no Direito, mas também na Economia, no que afirma Friedrich Hayek, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 1974, por considerar o sistema jurídico de um país como uma ferramenta econômica.

Com intensas crises pelo qual passa o judiciário brasileiro no qual nos remete a uma insegurança jurídica, refletir sobre o sistema atual no Brasil (*Civil Law*) nos permite garantir muitas explicações.

Perante o tema que conhecemos, ver-se-á o *Civil Law* e o *Common Law* com suas diferenças que não se resume apenas no nome, mas por muito outros fatores que entenderemos mais adiante. Espera-se que neste espaço o indivíduo possa compreender a realidade em meio a tantos equívocos da Ciência Jurídica. Como já dizia Aristóteles: “A base da sociedade é a justiça; o julgamento constitui a ordem da sociedade: ora o julgamento é a aplicação da justiça”.

E como objetivo final desta pesquisa, tentou-se demonstrar a tese da constante aproximação entre tais sistemas, segundo a qual eles não são antagônicos e que atualmente o que se vê na maioria dos países é a mistura de elementos e princípios de ambos os sistemas, sendo variável nestes (decorrente dos elementos histórico-culturais) o sistema dominante (algo como *Common-civil Law* ou *Civil-common Law*). Concluindo-se de tais fatos que muito provavelmente tais sistemas têm muito a ganhar quando trabalham em conjunto.

2 | BASE HISTÓRICA *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Tomando por base uma análise histórica das duas Leis *Common Law* (Lei Comum) e *Civil Law* (Lei Civil), mesmo que se tenha que fazer uma abordagem perfunctória, não podemos deixar de estudar a sua origem. Partindo do pressuposto, para entendimento em que o *common law* ou “direito comum”, não foi criado como base nas leis escritas, mas sim, baseada no costume, por tal sofrendo lapidação ao longo dos tempos, visto que, nos séculos X e XI não havia território inglês, tudo era plenamente subdivididos em distritos administrativos e a defesa era realizada pelos militares em proteção a terra, isto é, as tradições e costumes para aplicação da justiça funcionando como cortes judiciais que conseqüentemente, ficou conhecido como direito popular “anglo-saxão” (DRUMMOND e CROCETTI, 2011, p.9).

Destarte, segundo Lima Junior (2014, p.1) em seu artigo, a *Common Law* é um paradigma de direito que teve origem na Inglaterra, em 1066, no momento posterior à conquista normanda, consequência da ação normativa dos Tribunais Reais de Justiça, dando entendimento ao que trata o sistema jurídico anglo-saxônico, isto é, para Inglaterra marca o estabelecimento do poder forte, centralizado, e com vasta experiência administrativa. Portanto, a Inglaterra inseriu em quase todos os países por eles colonizados, como o Canadá,

Austrália, Estados Unidos da América, este último mesmo tendo sofrido a influência Espanhola e Francesa, manteve o *common law*, como seu modelo jurídico, com a exceção do estado da Louisiana, que tem conservado o direito baseado nas leis romanas (GALIO 2014, p.14 *apud* SOARES, 2000, p.59).

No *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. Isto porque, no *common law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz do *common law* o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o civil *law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código. (GALIO 2014, p.14 *apud* MARINONI, 2010, p. 55-56).

Neste sentido fica evidenciado que a influência do *common law*, principalmente nos Estados Unidos, existem uma vasta produção legislativa, em que o juiz tem a função de interpretá-los, se tornando inevitável a influência recíproca entre as tradições, encontra-se marcas do direito que está baseado na lei civil de cultura romano-germânica.

Quanto ao *Civil Law* - Lei Civil, os autores Drummond e Crocetti (2011, p.4) que escreveram o artigo “*Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law*”, apresentaram que a supracitada Lei teve início com ensino do Direito Romano, tal afirmação, pode

ser exemplificada pela Galio (2014, p.2), apresentando que a tradição jurídica romanogermânica tem suas origens no século XII e XIII no período do Renascimento da Europa Ocidental, momento em que foi marcado por uma nova estruturação entre as cidades e o comércio, dando forma ao que conhecemos como o direito, ou seja, criando ordem e segurança para o desenvolvimento tão necessário, e ainda fazendo a distinção entre a igreja e o direito, e assim dando a sua independência, que perdura como a característica da civilização ocidental, o Brasil (DAVID, 2002, p.39).

De acordo com David (2002, p.43), registra na sua análise histórica, o crescimento do estudo do direito, a partir do pensamento renascentista, fazendo com que as Universidades enfatizassem o tema, iniciando pela Itália, resultando na aplicação nos tribunais europeus, isto é, fica evidenciado que o direito romano em conjunto com o direito canônico passa a fazer parte da base do direito nas universidades.

Os romanos tornaram realidade o seu direito, a partir de regras jurídicas de situações reais, realizando a sua classificação e colocando para novos casos, sendo possível notar nos dias contemporâneos, para quando falamos da jurisprudência, que se apresenta como interpretação e constitui uma atividade inovadora, baseada no entendimento. Isto posto, ressalta-se, com base no que trata Galio (2014, p.18), que o Estado Romano foi o divisor de águas, para história do direito, em que nos dias contemporâneos é apontado como marco de raciocínio judicial, para a formação das soluções jurídicas, fazendo a separação dos sistemas *civil law* e *common law*, dando resultado a um extenso trabalho intelectual, assim como exercendo papel fundamental na representação da vontade do povo, impossibilitando interpretação equivocada do que de fato é a Lei.

Chama a atenção no estudo em questão, de como ambos *civil law* e *common law* foram influenciados pelo direito romano em sua formação, contudo responderam a imiscuição de formas diferentes, visto que, os objetivos estão voltados nos dois casos para a segurança jurídica, segundo Galio (2014, p.1) “*o civil law almeja a segurança por meio de leis, ao passo que, o common law a busca por meio de precedentes judiciais*”.

Diante do exposto, fica evidente que a estrutura jurídica adotada no Brasil estão baseadas na Lei, ou seja, no *civil law* e a estrutura mais utilizada nos países de origem anglosaxônica, como nos Estados Unidos e Inglaterra, em que segue basicamente a Jurisprudência, na interpretação das normas do direito proferidas pelo Poder Judiciário *common law*, neste último também, existe a Lei, mas os casos são analisados mais comumente em situações que se assemelham. Portanto, por este motivo que se defende que ambos possuem uma relação, ao utilizarem a Lei ou a interpretação (jurisprudência).

Atualmente, verifica-se a aproximação entre os dois sistemas, com a constante troca de informações, principalmente em razão da globalização judicial, ocorre uma

influência mútua que provoca reflexos nos ordenamentos jurídicos de diversos países, inclusive no Brasil (GALIO 2014, p.1).

Quando se pensa qual seria a melhor forma de direito, muitas serão as análises e defesas, ficando certo que nos dois casos é que a justiça possa ser feita, e que as pessoas possam ser beneficiadas por ela, seja através da *civil law* ou da *common law*, seguindo o adotado por seu país.

3 | COMMON LAW X CIVIL LAW

Os estudos realizados compara os sistemas atuais judiciais que demonstram progressivamente o seu caráter individual, no qual os países submetem medidas adaptadas aos seus interesses. Dominante no mundo atual, os sistemas *Civil Law* e *Common Law* são protagonistas em se tratando de tema jurídico. Ambos os cenários jurídicos apresentam diferenças e semelhanças na origem, ainda que influenciados pelo Direito Romano, a atuação desses métodos judiciais são bastante distintas.

3.1 Common Law

Dá-se o nome de *common law*, ou direito comum, o direito que reuni sentenças judiciais anteriores para orientar o julgamento em casos análogos, o qual, nas palavras de Jorge Amaury Maia, permite uma clara segurança jurídica através de uma previsão, “os indivíduos e entidades podem se permitir melhor ordenar suas questões e negócios” (Apud NUNES, Jorge Amaury Maia. Op. cit., p. 121)

No dizer de Steve H. Gifts, a *common law* não se refere em regras absolutas, rígidas e inflexíveis, oriundo da Inglaterra, consiste nos princípios fundamentados da razão, justiça e no senso comum determinado da moral social. (25 GIFTS, Steve H. Law Dictionary, Fifth edition. New York: Barron’s, 2003, p. 90).

Os conflitos resguardados do direito comum são resolvidos através de uma troca de contraditório de argumentos e provas a qual são apresentados ao juiz ou ao júri, que avaliará e aplicará a medida adequada. No que se trata de recorrer, será possibilitado a qualquer das partes para um tribunal superior. Neste sentido Winston Churchill expressa, associado à conquista da Normanda, o *Common Law* como referência jurídica ao afirmar a competência do sistema em preservar costumes para o corpo social. (CHURCHILL, Winston S. História dos povos de língua inglesa, vol. 1, Berço da Inglaterra. São Paulo: IBRASA, 2005, p. 172)

3.2 Civil Law

A definição do *Civil Law*, ou do direito romano-germânico, é, principalmente, a codificação, isto é, a lei abrange regras de conduta inclinadas aos valores morais e

jurídicos a fim de regulamentar as relações entre os indivíduos. (DAVID, René. Op. cit., p. 23).

O termo *Civil Law* refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e por, praticamente, todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma outra grande influência deles – como os países da América Latina. O que todos esses países têm em comum é a influência do Direito Romano, na elaboração de seus códigos, constituições e leis esparsas. É claro que cada qual recebeu grande influência também do direito local, mas é sabido que, em grande parte desses países, principalmente os que são ex-colônias, o direito local cedeu passagem, quase que integralmente, aos princípios do Direito Romano. E, por isso, a expressão *Civil Law*, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico.” (VIEIRA, Andréia Costa. 2007. p. 270)

O sistema, ainda que propenso ao direito positivo¹, admite a utilização do costume e da jurisprudência enquanto não houver legislação para o conflito. De modo geral a lei obedece a trâmites prefixados, isto é, a lei subordinada à lei anterior.

De acordo com Miguel Reale (1996), a norma legal já instituída por um órgão predeterminado, dispõe de uma objeção, ao passo que a vigência torna-se indeterminada até o advento de uma nova lei que a revogue ou, se porventura, de manifesto desuso. Não apenas os países europeus aderiram à aplicabilidade do *Civil Law*, mas, também, o Brasil se inseriu nesse estilo jurídico, o que nos atribui a analisar os conceitos e efeitos que afetam a nossa realidade.

4 | CONSEQUÊNCIAS DA CIVIL LAW

Civil Law, transliterado do inglês, ou seja, traduzido literalmente, significa Lei Cível (Civil), e têm por essência o almejo da segurança e da justiça através das leis codificadas. (Ex: Constituição brasileira, que é a base e/ou paradigma de todas as leis aplicadas no Brasil, ou seja, para uma lei ser aprovada, ela tem que ser, no mínimo, constitucional).

A origem dessa forma principalmente escrita e focada nos parâmetros éticos de cada nação ocorre no Império Romano-Germânico, entre os séculos XII e XIII, derivado da influência que o Direito Romano exerceu sobre os países da Europa Continental (inclusive França e Inglaterra) e suas colônias, pois o direito local (das

1 “Quem determinava o direito era um poder superior, que manifestava sua vontade pela positivação das normas de conduta” - SABINO, Marco Antônio da Costa. Op. cit., fls. 51/72)

áreas colonizadas) cedeu passagem quase que integralmente aos princípios dos romanos, dando ensejo à elaboração de códigos e constituições. (DAVID, 2002, p. 39).

Além disso, é o sistema jurídico mais disseminado no mundo atualmente, e teve sua sistematização no período chamado “fenômeno da codificação do direito”. O primeiro grande triunfo do movimento de codificação foi O *Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão)*, antes dele, a França vivia casos de pluralismo jurídico que é decorrente da existência de dois ou mais sistemas jurídicos, dotados de eficácia, concomitantemente em um mesmo ambiente, estado ou nação. Essa situação de pluralismo jurídico tinha por consequência um estado de incerteza e insegurança jurídica, que se manifestava tanto no aspecto da impossibilidade de conhecimento da norma jurídica como na indeterminação de qual regra aplicar ao caso concreto e do agente que deveria aplicá-la.

Deste modo, o Sistema Jurídico do *Civil Law* caracteriza-se pelo fato de as leis serem a pedra primal da igualdade e da liberdade, posto que objetivava proibir o juiz de lançar interpretação sobre a letra da lei, fornecendo, para tanto, o que se considerava como sendo uma legislação clara e completa; onde, ao magistrado, caberia apenas proceder à subsunção da norma, supostamente solucionando, assim, os litígios, sem que haja uma necessidade premente de se estender ou restringir o alcance da lei, e sem que exista a ausência ou conflito de normas. (Netto, Menelick 2004, p. 30).

Assim, o sistema da *Civil Law*, não apenas idealizou de forma fantasiosa que o magistrado simplesmente atuaria a vontade da norma, como presumiu que o cidadão seria detentor de segurança jurídica e previsibilidade no tocante às relações sociais, originárias na segurança de ter o juiz togado como mero aplicador subserviente das leis positivadas e codificadas. Da mesma forma, é manifesto que o ideal de uma completude de leis que abarquem todos os possíveis casos concretos é um ideal deveras utópico; ante o que, visando sanar tal mazela, o Direito Brasileiro estipulou, no escopo do Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em seu Art. 4º, que:

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Nota-se, todavia, que presente o paradigma do Estado Democrático de Direito, e com o Neoconstitucionalismo, o *Civil Law* sofreu tangíveis modificações, a fim de se adequar à realidade vivenciada pelas sociedades contemporâneas, mas detém ainda como marco primal, o pautar pelas normas escritas, tida como imprescindível para a Justiça, por meio da declaração judicial da lei. Dentre as modificações notadas, há a adequação ao controle difuso e concentrado de constitucionalidade das leis, e a prevalência da Justiça sobre o direito caso estes se tornem conflitantes. Portanto, um

aproximar da Civil Law para com a Common Law, posto que este alterar normativo e jurisdicional com base na dialeticidade de situações apresentadas ao judiciário, é uma característica deste sistema jurídico; o que infere que complementa o Civil Law, aperfeiçoando-o, como respeitar aos precedentes jurisdicionais que geram a jurisprudência.

5 | ADAPTAÇÃO DO COMMOM LAW

A legislação brasileira não seria refeita do zero, apenas fornecida aos Estados Federativos para que esses tivessem a liberdade para adaptá-la conforme seus costumes e realidades por meio do Poder Legislativo. Em outras palavras, o novo modelo de Constituição se basearia na estado-unidense, a qual dá autonomia aos seus Estados para que elaborem leis válidas em seus territórios sem estarem submetidos a um Código Legislativo restrito ou muitas vezes defasado.

Tangente a isso, a jurisprudência seria o cerne do direito brasileiro. A lei seria um direcionamento, mas não a parte principal que limita a análise de cada caso conforme sua individualidade. Assim sendo, os precedentes vêm à baila para dar continuidade e equidade aos julgamentos (TUCCI, 2004, p. 154). As decisões judiciais precisariam se embasar em duas partes: o paradigma que fundamenta a decisão do juiz em plenitude e a explanação restante sobre a sentença, ambas chamadas de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, respectivamente (NOGUEIRA, 2011, p. 170).

Outrossim, precedentes antiquados sempre seriam reavaliados através de duas prerrogativas do Commom Law: fundamentação objetiva do precedente para seu uso no caso a ser analisado, técnica do distinguishing, (SABINO, 2010, p. 65) e atualização de precedentes perante a realidade social, técnica do overruling (SABINO, 2010, p. 65). Em suma, diferente do Civil Law brasileiro, o qual impõe a todos Estados Federativos leis que não condizem com suas realidades ou até se evidenciam incondizentes com a realidade atual, o Commom Law sempre se renovaria enquanto aplicado ao Brasil. Tal fato se comprova através da Constituição norte-americana, que nunca precisou ser refeita, apenas adaptada através do Poder Legislativo de cada estado ao longo dos anos.

Por fim, as decisões tomadas em primeira instância seriam cabíveis de recursos em uma última e segunda instância destinada para os diversos ramos do Direito. Ademais, o Supremo Tribunal Federal não seria mais necessário, uma vez que haveria Supremo Tribunal do Trabalho, Supremo Tribunal Desportivo, Supremo Tribunal Eleitoral e assim por diante. Em síntese, a Suprema Corte Brasileira estaria dividida em várias outras, evitando centralização judiciária e amontoamento de processos para serem julgados, além de diminuir a burocracia.

6 | CONCLUSÃO

Diante do exposto, é notório que a civil law brasileira ao longo dos anos manteve, principalmente, quatro pontos questionáveis: excesso de burocracia quanto à tramitação de processos, falta de equidade dos julgamentos, desnecessária centralização judiciária em instâncias superiores e imposição de leis incondizentes com as realidades dos Estados Federativos.

Tangente a isso, traz-se à tona a afirmação do professor de Ciência Política do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) e da Universidade de Havard, Robert Rodberg, quando em viagem ao Brasil para palestra: “O Brasil se tornou um país excessivamente burocrático. Com tantas regulações, vem a corrupção. A burocracia alimenta a corrupção.

Uma coisa está ligada a outra”. Tal posição de uma das maiores mentes mundiais sobre o aspecto governamental evidencia a necessidade de mudança do aparato jurídico brasileiro.

Ademais, conforme o professor Doutor de Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Luciano Da Ros, apenas 30 de 100 casos são plenamente julgados pelo judiciário e, outrossim, perfaz acerca da centralização judiciária: “O nosso sistema processual apresenta uma série de procedimentos repetitivos que, na prática, tornam nossos juízes meros pareceristas para as decisões finais que somente virão dos tribunais superiores. O STF, por exemplo, decide mais casos por ano do que qualquer Suprema Corte ou Tribunal Constitucional no mundo, e a sua relutância em abrir mão de diversos desses casos contribui diretamente para a demora.”

Junto disso, a falta de igualdade perante a lei não é somente notória no quesito de processos não julgados, como também no fato de autoridades políticas possuírem o chamado foro privilegiado, o qual, em tese, seria necessário para manter a autonomia de expressão do parlamentar em seu trabalho, mas na prática funciona como subterfúgio para diversos delitos. Nesse aspecto, o juiz federal Sérgio Moro em seu artigo “Considerações Sobre A

Operação *Mani Pulite*” afirma: “Destaque também negativo merece a concessão, por lei, de foro especial a determinadas autoridades públicas, como deputados e ministros, a pretexto de protegê-los durante o exercício do cargo.”

Outrossim, a imposição de um Código Legislativo para diversos territórios com realidades e costumes diferentes dentro de um mesmo país através de leis que uma vez defasadas demandam excessivo tempo para exclusão ou revisão, soma-se isso como fator de agravo para o sistema judicial brasileiro atual como já ressaltado

anteriormente; fazendo valer, novamente, o posicionamento favorável de Winston Churchill sobre a aplicação da *Common Law* com o intuito de se manter a ordem na sociedade e a melhor administração estatal.

Destarte, diante do abordado acerca das diretrizes que possibilitam a atualização (*distinguishing* e *overruling*) e a devida fundamentação (*ratio decidendi* e *obiter dictum*) da *Common Law* perante a conjectura jurídica aplicada, bem como todas as consequências trazidas pela *Civil Law* até o presente momento, perfaz-se primordial sua implementação através da permissão aos Estados Federativos para adaptarem a legislação brasileira por meio de seus respectivos Poderes Legislativos. Adendo a isso, a dissolução do Supremo Tribunal Federal em Supremas Cortes específicas para cada ramo do Direito Brasileiro com autonomia de serem a segunda e última instância quanto à possíveis acórdãos. Por consequente, há de se ter o Direito Brasileiro pautado pela jurisprudência com sua tramitação dinâmica e condizente com a devida prerrogativa do ordenamento jurídico de servir e julgar igualmente a todos os indivíduos pertencentes a mesmo sistema social.

REFERÊNCIAS

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROSETTI, Priscila Soares. **Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectiva de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law. Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/revista-eletronica/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-042011-a-30-06-2011/124-formacao-historico-aspectos-do-desenvolvimento-e-perspectiva-deconvergencia-das-tradicoes-de-common-law-e-de-civil-law>>. Acesso em: 7 mar 2018.

GALIO, Morgana Henicka. **História e formação dos sistemas civil law e common law: A influência do direito romano e a aproximação dos sistemas**. In: Eneá de Stutz e Almeida; Juliana Neuenschwander Magalhães; Antonio Carlos Wolkmer. (Org.). História do Direito II. 1ªed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. , p. 233-255.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Formação histórica e caracteres essenciais do sistema jurídico anglo-saxônico**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29419>>. Acesso em: 8 mar. 2018.

NETTO, Menelick de Carvalho. Breves considerações teóricas sobre os paradigmas do Estado liberal, do Estado social e do Estado democrático de direito (2004 p.4)

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAUL G. Mahoney, *The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 30, No. 2, 503, 504 (June 2001).

ROSS, Luciano da. *O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória*. 2015.

SABINO, Marco Antonio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil, Revista Dialética de Direito Processual Civil n. 85, abril 2010, fls. 51/72.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte de direito. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: *civil law* e *common law*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

A LEI 13.869/2019 E A ATUAÇÃO RECEOSA DAS AUTORIDADES PÚBLICAS

Data de aceite: 27/02/2020

Data de submissão: 31/01/2020

Adriana Cristina Dias Lopes

Faculdade Cristo Rei

Cornélio Procópio – Paraná

<http://lattes.cnpq.br/3352599290978058>

RESUMO: O presente estudo é de abordagem qualitativa e caráter explicativo-bibliográfico, com conhecimento voltado para o ramo do Direito Penal, fundamentando-se mais precisamente em legislações e artigos científicos, bem como Andrade, Cabette e Frozi. Tem como objetivo examinar os aspectos criminais da Lei Federal 13.869 de 05 de setembro de 2019, denominada Lei de Abuso de Autoridade, e seu hodierno enquadramento, evidenciando as consideráveis alterações que a mesma ocasionou no ordenamento jurídico brasileiro. Conceitua-se Agente Público, o qual figura como sujeito ativo da mencionada lei, assinalando os tipos criminais que passaram a vigorar, bem como as medidas administrativas, cíveis e penais a serem aplicadas caso tais condutas sejam executadas. A questão norteadora discute qual papel vem desempenhando os Agentes Públicos e os reflexos da atual norma na execução de suas funções e se há impasses que necessitam ser superados.

PALAVRAS-CHAVE: Abuso. Agente. Autoridade. Crime. Lei.

LAW 13.869 / 2019 AND THE FEAR OF THE PUBLIC AUTHORITIES.

ABSTRACT: The present study has a qualitative approach and an explanatory-bibliographic character, with knowledge focused on the field of Criminal Law, based more precisely on legislation and scientific articles, as well as Andrade, Cabette and Frozi. It aims to examine the criminal aspects of Federal Law 13,869 of September 5, 2019, called the Law of Abuse of Authority, and its modern framework, highlighting the considerable changes it has caused in the Brazilian legal system. It is considered a Public Agent, who appears as an active subject of the aforementioned law, indicating the criminal types that have come into force, as well as the administrative, civil and criminal measures to be applied in case such conducts are executed. The guiding question discusses what role public agents have been playing and the reflexes of the current norm in the performance of their functions, if there are impasses that need to be overcome.

KEYWORDS: Abuse. Agent. Authority. Crime. Law.

1 | INTRODUÇÃO

A finalidade deste trabalho é explicitar a respeito das mudanças da legislação brasileira no que se refere à atuação dos Agentes Públicos mediante a Lei 13.869/2019, e para um aprofundamento na compreensão da aludida legislação se fez uso de uma abordagem qualitativa.

Segundo Minayo (2010, p. 57), “O método qualitativo pode ser definido como estudo das variações culturais de um povo, podendo ser baseado em relações humanas, representações, crenças, percepções e opiniões, tendo como parâmetros os estudos e estatísticas de como os humanos vivem, constrói seus artefatos”.

O uso da pesquisa explicativa se fez imprescindível para realizar a conexão de ideias sobre o emprego da legislação, os Agentes Públicos e a efetiva aplicabilidade da norma jurídica.

De acordo com Gil, 2007, “Este tipo de pesquisa preocupa-se em identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos”.

Para um mais equilibrado entendimento da Lei 13.869/2019, informações sobre o tema foram angariadas por meio da pesquisa bibliográfica, consultando e analisando as referências teóricas.

Segundo Fonseca, 2002, p. 32, “A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta”.

A Lei Federal 13.869, denominada Lei de Abuso de Autoridade, a qual representa novos aspectos penais e processuais penais do abuso de poder praticado por Agente Público, foi publicada e sanciona, em edição extra, pelo Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, em 05 de setembro de 2019. O Presidente da República vetou 33 (trinta e três) dispositivos da referida lei, no entanto o Congresso Nacional não seguiu a linha de raciocínio do chefe do Poder Executivo e derrubou dezoito de seus vetos parciais e restauraram outros quinze, finalizando com quarenta e cinco condutas criminosas. Após o período 120 dias de vacância da lei esta entrou em vigor em data de 03 de janeiro de 2020, devendo seu cumprimento ser obrigatório a partir dessa data, revogando terminantemente a antiga Lei 4.898 de 09 de dezembro de 1965, alterando ainda pontos relevantes nas Legislações Especiais como Lei de Prisão Temporária, Interceptações Telefônicas, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e alguns dispositivos do Código Penal.

O texto normativo originário é o projeto de Lei 7.596 de 10 de maio de 2017 do Senador Randolfe Rodrigues – REDE/AMAPÁ.

Argumenta-se que a Lei de Abuso de Autoridade, a qual torna crime condutas desempenhadas por Agentes Públicos, como juízes, promotores, procuradores, delegados e policiais, bem como prevê medidas administrativas (perda ou afastamento do cargo), cíveis (indenização) e penais (detenção, prestação de serviço ou penas restritivas de direito), foi publicada num período oportuno, em que Parlamentares de nosso país se sentiam rancorosos com os desfechos das investigações da Operação denominada “Lava Jato”, a qual culminou na condenação de doleiros, empresários, políticos e até mesmo de um ex Presidente da República.

Definiu-se no artigo 1º da respectiva Lei que o objetivo da norma é responsabilizar a ação do Agente Público desde que se fazendo valer de seu cargo, função, mandato ou posição tenha como finalidade específica prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal, comete o crime de Abuso de Autoridade.

Art. 1º Esta Lei define os crimes de Abuso de Autoridade, cometidos por Agente Público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

2 | OS POLOS DA AÇÃO PENAL: SUJEITOS DO CRIME.

Ao fazermos alusão aos polos de uma ação penal, inicialmente temos que analisar qual o tipo de ação esta seria. No caso da Lei 13.869/2019, Lei de Abuso de Autoridade a ação penal impetrada é a pública incondicionada como nos destaca o artigo 3º.

Art. 3º Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

§ 1º Será admitida ação privada se a ação penal pública não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Em alguns casos por inércia do ministério público, a ação penal poderá ser privada subsidiária, de acordo com o artigo 3º parágrafo 2º da respectiva lei.

§ 2º A ação privada subsidiária será exercida no prazo de 6 (seis) meses, contado da data em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia.”

Em relação à competência para julgar a ação penal busca-se entendimento na Constituição Federal e se esta presume foro por prerrogativa de função para o Agente Público que efetuou o delito, será julgado pelo Tribunal competente. Em se

tratando das Justiças Federal ou Estadual, analisa-se a esfera em que o Agente Público praticou o crime. E quando falamos de Justiça Militar, esta pode julgar ações referentes aos crimes de Abuso de Autoridade praticados por militares devido a nova redação dada pela Lei nº 13.491 de 13 de outubro de 2017, a qual alterou o artigo 9º, inciso II do Decreto-Lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar.

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

3 I SUJEITO ATIVO

A Lei 13.869/2019 em seu artigo 2º nos apresenta o rol dos sujeitos ativos do crime de Abuso de Autoridade, sendo aqueles que se incluem no polo atuante da ação penal.

Art. 2º É sujeito ativo do crime de Abuso de Autoridade qualquer Agente Público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a:

I - Servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas;

II - Membros do Poder Legislativo;

III - Membros do Poder Executivo;

IV - Membros do Poder Judiciário;

V - Membros do Ministério Público;

VI - Membros dos tribunais ou conselhos de contas.

Bem como no mesmo artigo, parágrafo único, nos é apresentado o conceito de Agente Público.

Parágrafo único. Reputa-se Agente Público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo.

Conforme esclarece Andrade (2005): “Agentes Públicos são todas as pessoas que, de forma definitiva ou transitória, remuneradas ou não, servem ao Poder Público como instrumentos de sua vontade”.

Vale enfatizar que o rol apresentado dos sujeitos ativos do crime é exemplificativo e não taxativo, o caput utiliza-se da terminologia “compreendendo ao invés de não se limitando a”, haja vista a possibilidade de coautoria e atuação de particulares, já que ser Agente Público é elementar de todos os tipos e, por isso, estende-se aos que não estiverem nessa situação formal devido a sua participação (norma de extensão pessoal) na medida de sua culpabilidade.

Se o particular atuar juntamente com o Agente Público, e tiver ciência de sua condição, este responderá pelo crime de Abuso de Autoridade pela comunicabilidade das elementares do crime, ainda que de caráter pessoal. Poderá haver situações em que particular atue isoladamente, sem a participação do Agente Público, e ainda sim praticar o crime de Abuso de Autoridade, desde que em dado momento se torne o chamado Agente Público de fato.

Os Agentes Públicos se desmembram em duas divisões, como nos revela Oliveira (2017):

Agentes Públicos de direito: são aqueles que possuem vínculos formais e foram investidos, regularmente, nos cargos empregos e funções públicas, como os agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração.

Agentes Públicos de fato: são os particulares que não possuem vínculos jurídicos válidos com o Estado, mas desempenham funções públicas com a intenção de satisfazer o interesse público. São os particulares que exercem a função pública sem a investidura prévia e válida.

Oliveira (2017) nos evidencia ainda as duas subdivisões dos Agentes Públicos de fato:

Agentes de fato putativos: exercem a função pública em situação de normalidade e possuem a aparência de servidor público (ex.: Agentes Públicos que desempenham a função pública sem a aprovação em concurso público válido); e

Agentes de fato necessários: exercem a função pública em situações de calamidade ou de emergência (ex.: particulares que, espontaneamente, auxiliam vítimas em desastres naturais).

Os agentes de fato necessários são aqueles em que o particular será considerado sujeito ativo do crime de Abuso de Autoridade, caso pratique um dos crimes previstos na Lei 13.869/2019.

3.1 Sujeito Passivo

Ao analisarmos a Lei 13.869/2019 verificamos que os crimes da referida norma são delitos que alveja dois sujeitos passivos, sendo eles:

- a) Sujeito passivo principal ou imediato: representado pela pessoa física ou jurídica sendo atingida ou prejudicada de modo direto pela ação abusiva.
- a) Sujeito passivo secundário ou mediato: é o Estado, o Poder Público, que por meio de um agente que pratica um ato abusivo macula sua imagem, sua credibilidade ou até mesmo seu patrimônio.

4 | OS DOLOS ESPECÍFICOS

Os crimes de Abuso de Autoridade são notadamente informados pelo dolo

específico ou elementos subjetivos especiais e sua tipicidade se exterioriza nas condutas praticadas pelos Agentes Públicos na Lei 13.869/2019. O dolo é em toda a sua amplitude um elemento concludente da ação, no entanto complicam a autenticação da parte subjetiva da conduta executada. Os cinco dolos específicos da citada lei, estão previstos nos são apresentados no artigo 1º, parágrafo 1º, sendo eles:

- a) Prejudicar outrem;
- b) Beneficiar a si mesmo;
- c) Beneficiar terceiro;
- d) Por mero capricho;
- e) Por satisfação pessoal.

Art. 1º Esta Lei define os crimes de Abuso de Autoridade, cometidos por Agente Público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de Abuso de Autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

Enfatiza-se que não haverá crime se não ficar constatado a prática de um desses cinco dolos, não podendo o Agente Público ser responsabilizado por nenhuma ação, portanto sua conduta será considerada lícita.

Greco e Cunha compartilham do entendimento do artigo 1º e se pronunciam:

“Talvez com o fim de espancar algumas pertinentes críticas, logo no seu artigo inaugural, a Lei 13.869/19 anuncia que a existência do crime depende de o agente comportar-se abusivamente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. Eis o elemento subjetivo presente nos vários tipos incriminadores, restringindo o alcance da norma de tal forma que, a nosso ver, o dolo eventual fica descartado”.

5 | AS IMPLICAÇÕES DA CONDENAÇÃO E DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

O artigo 4º da Lei 13.869/2019 nos apresenta quais são os efeitos da condenação recebidos pelo Agente Público que comete crime de Abuso de Autoridade.

Art. 4º São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos;

II - a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos;

III - a perda do cargo, do mandato ou da função pública.

Parágrafo único. Os efeitos previstos nos incisos II e III do caput deste artigo são

condicionados à ocorrência de reincidência em crime de Abuso de Autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença.

As penas restritivas de direitos, consideradas como as mais brandas por substituir as privativas de liberdade, são elencadas no artigo 5º da citada lei.

Art. 5º As penas restritivas de direitos substitutivas das privativas de liberdade previstas nesta Lei são:

I - prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;

II - suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens;

III - (VETADO).

Parágrafo único. As penas restritivas de direitos podem ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.

A Lei 13.869/2019 confirma que as penas ou sanções criminais devem ser empregadas autonomamente das sanções de natureza civil ou administrativa, e que caso o juízo criminal decida sobre a existência ou autoria do fato, tal questão não poderá mais ser objeto de contestação nas áreas civil e administrativas.

Ao ser reconhecido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito se fará coisa julgada nas esferas cível e administrativo-disciplinar. Fatos estes apresentados nos artigos 6º, 7º e 8º da Lei em estudo.

Art. 6º As penas previstas nesta Lei serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis.

Parágrafo único. As notícias de crimes previstos nesta Lei que descreverem falta funcional serão informadas à autoridade competente com vistas à apuração.

Art. 7º As responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal.

Art. 8º Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

6 | A TIPIFICAÇÃO DAS CONDUTAS CRIMINAIS

A legislação até o momento analisada, a partir de seu artigo 9º até o artigo 38, denota as condutas consideradas crimes de Abuso de Autoridade e as respectivas penas que serão submetidos os Agentes Públicos caso as pratiquem. O texto normativo originário apresentava cinquenta e três condutas criminosas, no entanto se tornaram efetivas apenas 45, como nos evidencia Frozi (2020).

Totalizaram-se 53 condutas definidas inicialmente como abusos de autoridade. E, apesar da Presidência da República vetar vinte e três dispositivos, dezoito desses acabaram sendo restauradas durante a análise dos parlamentares brasileiros.

Pelo menos 45 condutas delitivas são punidas com até quatro anos de detenção, multa e indenização da pessoa prejudicada. E, em caso de reincidência, o servidor poderá perder o cargo e ainda ficar inabilitado para retornar ao serviço público por até cinco anos.

- 1-Não comunicar prisão em flagrante ou temporária ao juiz;
- 2-Não comunicar prisão à família do preso;
- 3-Não entregar ao preso, em 24 (vinte e quatro) horas, a nota de culpa;
- 4- Prolongar prisão sem motivo, não executando o alvará de soltura ou desrespeitando o prazo legal;
- 5-Não se identificar como policial durante uma captura;
- 6-Não se identificar como policial durante um interrogatório;
- 7-Interrogar à noite (exceções: flagrante ou consentimento);
- 8-Impedir encontro do preso com seu advogado;
- 9-Impedir que preso, réu ou investigado tenha seu advogado presente durante uma audiência e se comunique com ele;
- 10-Instaurar investigação de ação penal ou administrativa sem indício (exceção: investigação preliminar sumária devidamente justificada);
- 11-Prestar informação falsa sobre investigação para prejudicar o investigado;
- 12-Procrastinar investigação ou procedimento de investigação;
- 13-Negar ao investigado acesso a documentos relativos a etapas vencidas da investigação;
- 14-Exigir informação ou cumprimento de obrigação formal sem amparo legal;
- 15-Usar cargo para se eximir de obrigação ou obter vantagem;
- 16-Pedir vista de processo judicial para retardar o seu andamento;
- 17-Atribuir culpa publicamente antes de formalizar uma acusação;
- 18-Decretar prisão fora das hipóteses legais;
- 19-Não relaxar prisão ilegal;
- 20- Não substituir prisão preventiva por outra medida cautelar, quando couber;
- 21-Não conceder liberdade provisória, quando couber;
- 22-Não deferir habeas corpus cabível;
- 23- Decretar a condução coercitiva sem intimação prévia;
- 24-Constranger um preso a se exhibir para a curiosidade pública;
- 25-Constranger um preso a se submeter a situação vexatória;
- 26- Constranger o preso a produzir provas contra si ou contra outros;
- 27- Constranger a depor a pessoa que tem dever funcional de sigilo;
- 28- Insistir em interrogatório de quem optou por se manter calado;
- 29-Insistir em interrogatório de quem exigiu a presença de um advogado, enquanto não houver advogado presente;
- 30-Impedir ou retardar um pleito do preso à autoridade judiciária;
- 31-Manter presos de diferentes sexos na mesma cela;
- 32-Manter criança/adolescente em cela com maiores de idade;
- 33-Entrar ou permanecer em imóvel sem autorização judicial (exceções: flagrante e socorro);
- 34-Coagir alguém a franquear acesso a um imóvel;
- 35-Cumprir mandado de busca e apreensão entre 21h e 5h;
- 36-Forjar flagrante;
- 37-Alterar cena de ocorrência;
- 38-Eximir-se de responsabilidade por excesso cometido em investigação;
- 39-Constranger um hospital a admitir uma pessoa já morta para alterar a hora ou o local do crime;

- 40-Obter prova por meio ilícito;
- 41- Deixar de substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;
- 42-Usar prova mesmo tendo conhecimento de sua ilicitude;
- 43- Divulgar material gravado que não tenha relação com a investigação que o produziu, expondo a intimidade e/ou ferindo a honra do investigado;
- 44-Iniciar investigação contra pessoa sabidamente inocente;
- 45- Bloquear bens além do necessário para pagar dívidas.

As penalidades para a prática das condutas criminosas podem resultar em multa e detenção de até quatro anos.

7 | A LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL E SUAS ALTERAÇÕES

A Lei 13.869/2019 alterou algumas questões em cinco legislações especiais com que fez correlação as condutas tipificadas como Abuso de Autoridade, sendo elas:

a) Lei 7.960 de 21 de setembro de 1989 – Lei de Prisão Temporária: Neste caso passou a vigorar que o mandado de prisão deverá conter o período de duração da prisão temporária, início e término, e assim que decorrer o prazo da prisão este deverá ser posto em liberdade salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva. Passou-se a incluir o dia do cumprimento do mandado de prisão no cômputo do prazo de prisão temporária. Alterou-se o artigo 2º, parágrafos 4-A, 7º e 8º.

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

§ 4º-A O mandado de prisão conterá necessariamente o período de duração da prisão temporária estabelecido no **caput** deste artigo, bem como o dia em que o preso deverá ser libertado.

§ 7º Decorrido o prazo contido no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia deverá, independentemente de nova ordem da autoridade judicial, pôr imediatamente o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva.

§ 8º Inclui-se o dia do cumprimento do mandado de prisão no cômputo do prazo de prisão temporária.”

b) Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 – Lei das Interceptações Telefônicas: Na situação em questão constitui-se como crime fazer uso das tecnologias disponíveis, sejam elas telefônicas, informáticas ou telemáticas de forma ilícita, bem como da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal, passando a incorrer na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta. Alterou-se o artigo 10º, parágrafo único e artigo 10-A.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no caput deste artigo com objetivo não autorizado em lei.

Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.

§ 2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial.

c) Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente: Os efeitos da condenação prevista no inciso I do caput do art. 92 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), foram alterados de acordo com a Lei de Abuso de Autoridade, sendo que a perda do cargo, do mandato ou da função, independa de reincidência.

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

Art. 227-A Os efeitos da condenação prevista no inciso I do caput do art. 92 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para os crimes previstos nesta Lei, praticados por servidores públicos com Abuso de Autoridade, são condicionados à ocorrência de reincidência.

Parágrafo único. A perda do cargo, do mandato ou da função, nesse caso, independe da pena aplicada na reincidência.

d) Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: Em relação às alterações no Estatuto da Ordem dos Advogados, o que nota-se é que houve a criminalização ao desrespeito a inviolabilidade e das prerrogativas da advocacia.

Art. 7º São direitos do advogado:

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB;

V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, em prisão domiciliar;

Art. 7º-B Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º desta Lei:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Art. 43. A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7º-B:

‘Art. 7º-B Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º desta Lei:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.’”

e) Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal: A Lei 13.869/2019 revogou o § 2º do artigo 150 e o art. 350 do Código Penal.

8 I CRÍTICAS DOS AGENTES PÚBLICOS A LEI 13.869/2019

O Poder Judiciário é um dos pilares que sustentam a democracia brasileira, garantindo a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, e quando este poder é melindrado as consequências são percebidas em toda a sociedade.

A Lei 13.869/2019, intitulada Lei de Abuso de Autoridade, criou um clima de desconforto e insegurança nos Agente Públicos que entenderam que essa Lei é um ataque dos Parlamentares ao Judiciário, criminalizando suas condutas, como forma de represália em relação aos desfechos das investigações da Operação denominada “Lava Jato”, intimidando e engessando as ações executadas pelos inerentes agentes.

Os conceitos abertos e subjetivos deixou carente a aplicação da lei, criando um campo fecundo para a punição dos Agentes Públicos. Assim, o magistrado que optar consecutivamente pela liberdade não correrá temeridade, sendo a sociedade a maior prejudicada e os criminosos os maiores favorecidos, que festejam os novos ares de impunidade.

O que vimos é que se optou por criminalizar condutas dos Agentes Públicos, os representantes do Estado, que de regra deveriam ser deliberadas nas esferas do direito administrativo e disciplinar enquanto se salvaguarda a casta dos colarinhos-brancos.

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e outras instituições que integram a Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público (Frentas) publicaram em data de 10 de outubro de 2019 uma carta em discordância a Lei 13.863/2019 que consome a independência do Judiciário e Ministério Público prejudicando a atuação dos órgãos pertencentes ao sistema de justiça e declaram ser contrárias a qualquer tipo de abuso, sobretudo quando praticados por autoridades.

Carta Aberta à população contra a Lei que criminaliza a autoridade pública.

As entidades que integram a Frente Associativa da Magistratura e do Ministério

Público (Frentas), representando mais de 40 mil juízes e membros do Ministério Público de todo o país, vêm alertar a população brasileira sobre os riscos trazidos pela Lei nº 13.869/2019, a denominada Lei de Abuso de Autoridade, que, na prática, revela-se uma lei de estímulo e incentivo à impunidade, além de fragilizar o sistema de justiça do país.

As associações signatárias são totalmente contrárias a qualquer tipo de abuso. Ainda mais quando praticados por autoridades. E sempre defenderam um sério e profundo debate para aperfeiçoamento da legislação sobre a matéria, o que até agora não ocorreu.

Todavia, não se pode concordar com a aprovação de uma lei que, em grande medida, além de corroer a independência do Judiciário e Ministério Público, fragiliza a atuação dos órgãos que integram o sistema de justiça, em especial os que combatem o descumprimento de direitos fundamentais e outras graves ilegalidades, entre elas a corrupção e as praticadas por organizações criminosas, condutas ainda recorrentes em nosso país.

A mencionada Lei, ao contrário de coibir os verdadeiros abusos de autoridade, abre a porta da impunidade, uma vez que atinge e inibe o poder-dever de investigar, processar e julgar autores de crimes e de infrações civis e trabalhistas, sem o que não se sustenta uma sociedade democrática e fundada nos valores da democracia e da república.

Ao definir os crimes por meio de expressões vagas, imprecisas, de múltiplos significados e de interpretação genérica, a exemplo de “sem justa causa fundamentada”; “à falta de qualquer indício”; “manifesta desconformidade”, a Lei nº 13.869/2019 expõem policiais, juízes e membros do Ministério Público a ameaças de sofrerem representações criminais ou responderem ações penais pelo simples fato de estarem cumprindo com suas obrigações funcionais. Por certo, teremos magistrados e membros do Ministério Público sem tranquilidade e paz de espírito necessárias para aplicar da melhor forma o direito aos casos concretos que lhes sejam submetidos.

Os membros do sistema de justiça brasileiro, a despeito das dificuldades enfrentadas pelo serviço e pelos servidores públicos, têm buscado exercer com extrema dedicação suas funções constitucionais. Trabalham arduamente para combater a violência doméstica, a pedofilia, a violência urbana, a corrupção, os crimes de lavagem de dinheiro, a improbidade administrativa, o desrespeito a direitos de trabalhadores e outros descumprimentos a direitos fundamentais.

É por essas razões que as entidades que integram a Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público (Frentas) alertam a população para os malefícios da mencionada lei e conclamam o apoio da sociedade brasileira, última destinatária e maior interessada em um Poder Judiciário e um Ministério Público verdadeiramente independentes.

Brasília, 10 de outubro de 2019.

9 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo em questão realizou o estudo da Lei 13.869/2019, e após nos aprofundarmos em seu conteúdo podemos afirmar que a atual legislação se direciona a conter o Abuso de Autoridade praticado por Agentes Públicos, no desempenho real de suas funções ou a pretexto de exercê-las, ao realizar condutas com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal, desviando de sua real função para qual esta investido representando o Estado.

Porém se faz imprescindível reconhecer a apresentação de aparente

subjetividade na redação de alguns de seus dispositivos que merecem uma análise mais cautelosa e despertam inquietação e insegurança aos Agentes Públicos, por perpetrarem conceitos jurídicos indeterminados. Vemos a opção em criminalizar as condutas dos Agentes Públicos, que poderiam ser solucionadas adequadamente no domínio do direito administrativo e disciplinar, sendo o Direito Penal utilizado como “ultima ratio”.

É preciso refletir no país que ambicionamos um país com ordem, progresso e segurança, onde cidadãos de bem tenham oportunidades de se capacitarem e evoluírem e não onde facínoras, corruptos se deleitam com os frutos das ilegalidades praticadas.

Por fim, almejamos que a legislação apresentada alcance aqueles que necessitem de sua proteção, defenda os interesses da tão desafortunada sociedade brasileira, bem como daqueles exercem a missão de representar o Estado, no intuito de contribuir com o crescimento da nação desde que tenham a consciência de que nada, nem ninguém, está acima da lei.

Ficamos em aperfeiçoamento com a renomada frase atribuída ao pensador clássico Charles-Louicas de Secondat, ou simplesmente Montesquieu, que legou à posteridade o seguinte brocardo:

“Todo homem que tem o poder é tentando a abusar dele (...). É preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”

REFERÊNCIAS

Abuso de Autoridade: Frentas divulga carta aberta à sociedade contra a Lei nº 13.869/2019 . Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/28878-abuso-de-autoridade-frentas-divulga-carta-aberta-a-sociedade-contra-a-lei-n-13-869-2019>. Acesso em 07 janeiro 2020.

ANDRADE, F. C. M. **Direito Administrativo**. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

ANGELO, T. **Combate à inquisição – Catapultada por excessos da “lava jato”, lei contra abuso entra em vigor**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/lei-abuso-autoridade-entra-vigor-nesta-sexta>. Acesso em 03 janeiro 2020.

BARBOSA, R. M. **A nova Lei de Abuso de Autoridade e a inconstitucionalidade que não é para tanto**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-01/academia-policia-abuso-autoridade-inconstitucionalidade-nao-tanto>. Acesso em 07 janeiro 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 janeiro 2020.

BRASIL. **Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 27 janeiro 2020.

BRASIL. **Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em 27 janeiro 2020.

BRASIL. **Lei n. 7.960, de 21 de setembro de 1989.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm. Acesso em 27 janeiro 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 27 janeiro 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em 27 janeiro 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996.** Disponível em. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em 27 janeiro 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.869, de 05 de setembro de 2019.** Disponível em. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em 20 janeiro 2020.

CABETTE, E. L. S. **Abuso de Autoridade: Chave de leitura para a alma ou centro nevralgico da lei.** Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/01/07/abuso-de-autoridade-chave-de-leitura-para-alma-ou-o-centro-nevralgico-da-lei/>. Acesso em 25 janeiro 2020.

CUNHA, R. S.; GRECO, R. **Abuso de Autoridade: Lei 13.869/2019 comentada artigo por artigo.** Salvador: JusPodivm, 2019.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica.** Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FOUREAUX, R. **A prática de crime de Abuso de Autoridade por particular.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76883/a-pratica-de-crime-de-abuso-de-autoridade-por-particular>. Acesso em 07 janeiro 2020.

FROZI, W. A. **Uma breve análise da nova Lei de Abuso de Autoridade.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11458/Uma-breve-analise-da-nova-Lei-de-Abuso-de-Autoridade>. Acesso em 13 janeiro 2020.

MACEDO, F. M. **Independência dos juízes, segurança pública e a nova lei de Abuso de Autoridade.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76877/independencia-dos-juizes-seguranca-publica-e-a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade>. Acesso em 07 janeiro 2020.

MARQUES. I.; MARQUES. G. **A nova Lei de Abuso de Autoridade. Lei 13.869/2019 – Comentada artigo por artigo.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, I.; MARQUES, G. **Resumo: Nova Lei de Abuso de Autoridade – Lei 13.869/2019.** Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/resumo-nova-lei-de-abuso-de-autoridade-lei-13-869-2019/>. Acesso em 07 janeiro 2020.

MINAYO, M. C. S. **O desafio do conhecimento: Pesquisa Qualitativa em Saúde.** 12. ed. São Paulo: Hucitec-Abrasco, 2010.

OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de Direito Administrativo.** 5. ed. São Paulo: Forense, 2017.

PEREIRA, J. B. **A novíssima polêmica Lei de Abuso de Autoridade: modificações, avanços, retrocessos e erros primários.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76428/a-novissima-e-polemica-lei-de-abuso-de-autoridade>. Acesso em 08 janeiro 2020.

SOBRE O ORGANIZADOR

Douglas Santos Mezacasa - Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do estado do Paraná - PUCPR (2014); é especialista na área de Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2016); é especialista em Direito e Processo Civil Contemporâneo pela Faculdade São Luís (2019); possui Mestrado em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ensino Superior de Maringá – UniCesumar (2018). Atua como Professor e Coordenador do curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás – UEG e como Professor de Direito do Centro Universitário do Vale do Araguaia – UNIVAR. Advogado inscrito na OAB/PR nº 75.480 atuante nas áreas do Direito do consumidor e previdenciário. Como pesquisador atua como coordenador do Projeto de Pesquisa intitulado “Gênero, identidade e direito: perspectivas da corte interamericana de direitos humanos” e integrante do projeto de pesquisa: “Políticas Públicas e Instrumentos Sociais de efetivação dos Direitos da Personalidade”. Possui livros e artigos publicados nas áreas dos Direitos Humanos, Direitos da Personalidade e de Gênero. Também atua no corpo editorial de revistas científicas e editoras.

ÍNDICE REMISSIVO

A

América latina 59, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 187, 242, 262, 283
Assédio sexual 233, 234, 235, 236, 237, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 283
Ativismo digital 233, 235, 283
Autocomposição 138, 139, 145, 147, 148, 149, 154, 283
Autonomia 2, 55, 117, 120, 126, 129, 136, 140, 143, 146, 147, 179, 180, 189, 194, 215, 225, 239, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 264, 265, 266, 283
Autoritarismo 59, 60, 64, 66, 67, 69, 71, 72, 117, 283

C

Comércio internacional 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35
Competência 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 60, 85, 98, 125, 131, 140, 168, 170, 179, 180, 261, 270, 283
Contemporâneo 161, 166, 199, 205, 226, 228, 229, 266, 282, 283
Corrupção eleitoral 1, 8, 11, 12, 283

D

Dados pessoais 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 283
Defensoria pública 88, 89, 90, 91, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 283
Demandas familiares 138, 139, 142, 153, 154, 283
Democracia 1, 2, 5, 6, 11, 12, 59, 60, 61, 62, 65, 66, 67, 68, 71, 72, 99, 119, 130, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 164, 165, 166, 185, 188, 189, 204, 221, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 243, 245, 278, 279, 283
Depoimento especial 101, 102, 107, 110, 111, 112, 283
Devido processo legal 3, 88, 93, 109, 110, 131, 132, 133, 165, 175, 283
Direitos fundamentais 5, 7, 41, 43, 50, 52, 53, 56, 88, 92, 107, 108, 110, 117, 119, 121, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 156, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 238, 246, 278, 279, 283
Direitos humanos 25, 79, 87, 88, 96, 101, 102, 106, 107, 108, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 124, 125, 126, 155, 160, 165, 166, 167, 208, 209, 210, 213, 214, 215, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 245, 282, 283

E

Educação 1, 47, 51, 73, 99, 114, 116, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 130, 143, 162, 163, 178, 217, 218, 223, 225, 230, 283
Enclausurados 88, 89, 95, 96, 98, 99, 283

F

Formação jurídica 257, 283

G

Google trends 184, 185, 186, 190, 192, 193, 194, 195, 283

Governança global 196, 197, 199, 200, 201, 202, 205, 206, 284

I

Idoneidade moral 74, 75, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 284

Impetração inadequada 36, 284

Investigação social 74, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 284

J

Juizados especiais 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 177, 180, 181, 182, 183, 284

Justiça militar 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 271, 284

L

Lex mercatoria 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 284

Literatura 59, 65, 67, 72, 105, 249, 284

M

Mandado de segurança 36, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 79, 82, 83, 85, 86, 133, 284

Marco civil da internet 48, 49, 52, 55, 57, 58, 284

Mediação 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 152, 153, 154, 155, 284

Modernidade reflexiva 196, 197, 198, 199, 200, 202, 203, 205, 284

Movimento social 235, 239, 284

N

Neoconstitucionalismo 156, 161, 263, 284

O

Oitiva de menores 101, 284

Opinião consultiva 102, 107, 111, 112, 113, 284

P

Políticas educacionais 114, 284

Presunção da inocência 82, 284

Proteção de dados 48, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 284

R

Relações privadas 127, 128, 130, 132, 133, 134, 135, 136, 284

S

Saúde pública 208, 210, 213, 215, 216, 217, 218, 284

Sufrágio 1, 2, 6, 7, 8, 9, 10, 116, 223, 229, 284

Suicídio 219, 220, 284

T

Testamento vital 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 285

Transação penal 167, 169, 170, 173, 174, 175, 179, 180, 181, 285

Trivialização 36, 41, 42, 44, 285

V

Violência sexual 101, 102, 107, 240, 243, 285

 **Atena**
Editora

2 0 2 0