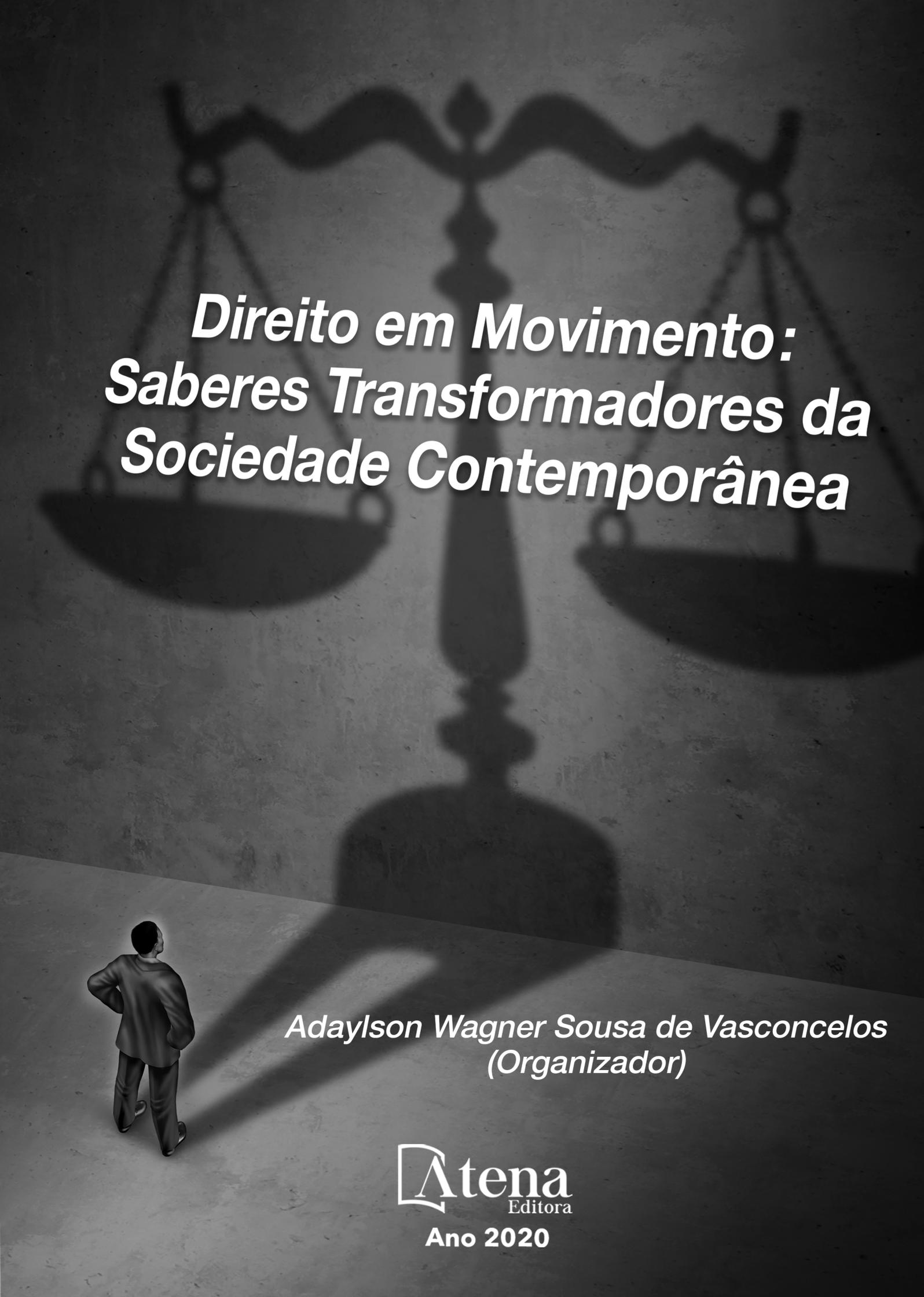


***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***

***Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)***

Atena
Editora

Ano 2020



***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***



***Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)***

Atena
Editora
Ano 2020

Editora Chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Assistentes Editoriais

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

Bibliotecário

Maurício Amormino Júnior

Projeto Gráfico e Diagramação

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremona

Karine de Lima Wisniewski

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da Capa

Shutterstock

Edição de Arte

Luiza Alves Batista

Revisão

Os Autores

2020 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2020 Os autores

Copyright da Edição © 2020 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos 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, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. 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.

A Atena Editora não se responsabiliza por eventuais mudanças ocorridas nos endereços convencionais ou eletrônicos citados nesta obra.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

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. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

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

Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa

Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
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
Profª Drª Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados
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. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
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. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Prof^a Dr^a Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Prof^a Dr^a Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof^a Dr^a Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof^a Dr^a Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia
Prof^a Dr^a Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Prof^a Dr^a Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof^a Dr^a Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Prof^a Dr^a Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Prof^a Dr^a Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino
Prof^a Dr^a Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora
Prof^a Dr^a Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof^a Dr^a 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
Prof^a Dr^a Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Prof^a Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Prof^a Dr^a Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Prof^a Dr^a Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Prof^a Dr^a Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Linguística, Letras e Artes

Prof^a Dr^a Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Prof^a Dr^a Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Prof^a Dr^a Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof^a Dr^a Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará

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 Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

Conselho Técnico Científico

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Me. Adalto Moreira Braz – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí
Prof. Me. Alexsandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco
Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar
Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
Profª Drª Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Profª Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília
Profª Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa
Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Me. Eivaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora
Prof. Dr. Fabiano Lemos Pereira – Prefeitura Municipal de Macaé
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza

Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Me. Javier Antonio Albornoz – University of Miami and Miami Dade College
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFGA
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis
Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
Prof. Me. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior
Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo
Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará
Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco
Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão
Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo
Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana
Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí
Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Direito em movimento: saberes transformadores da sociedade contemporânea

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Bibliotecário: Maurício Amormino Júnior
Diagramação: Camila Alves de Cremonesi
Edição de Arte: Luiza Alves Batista
Revisão: Os Autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)	
D598	<p>Direito em movimento [recurso eletrônico] : saberes transformadores da sociedade contemporânea 1 / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa, PR: Atena, 2020.</p> <p>Formato: PDF Requisitos de sistemas: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-5706-269-2 DOI 10.22533/at.ed.692201308</p> <p>1. Sociologia jurídica. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de. II. Série.</p> <p style="text-align: right;">CDD 340.115</p>
Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422	

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

Coletânea de vinte e um capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, discute temáticas que circundam a grande área do Direito e dos diálogos possíveis de serem realizados com as demais áreas do saber e com as múltiplas ações e reações da sociedade que se exercita por transformações.

Assim, nesse primeiro volume, temos dois grandes grupos de reflexões que explicitam as mutações sociais diárias e que o Direito estabelece relações para um regular convívio entre sujeitos.

Em duas singelas divisões estão debates que circundam os direitos humanos e o universo penal.

Nessa perspectiva, os direitos humanos aqui contemplam um arcabouço por demais variado e interseccional. Inicia com a problemática dos direitos sociais, discute a eficácia dos direitos humanos em território nacional, debate o estado de coisas inconstitucional, violações de direitos junto aos povos tradicionais, bem como a cidadania dos negros. Temas mais específicos como energia nuclear, direito da personalidade, família, pensão para ex-cônjuge à partir de uma perspectiva de direitos humanos, majoração de valor de aposentadoria decorrente de invalidez e a teoria das incapacidades encontram ecos e discussões de relevância.

Alcançando o universo penal aqui congregamos estudos que perpassam a análise da criminalização da pobreza, e também dos movimentos sociais, o populismo penal midiático – tema de bastante relevância e que carece de maiores debates e críticas, principalmente no cenário vigente –, o voto do preso, o instituto da delação premiada, a figura do estupro de vulnerável e o papel da Psicologia na análise da questão. Ademais, a violência infantil, medidas socioeducativas e jogos eletrônicos e violência também se fazem abordagens necessárias diante da sociedade das mudanças.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A GOVERNANÇA PÚBLICA: O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
Itamar de Ávila Ramos Rodrigo da Silva Monteiro	
DOI 10.22533/at.ed.6922013081	
CAPÍTULO 2	18
O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO ABERTA COMO UMA MEDIDA PARA A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL	
Kaléo de Oliveira Tomaz	
DOI 10.22533/at.ed.6922013082	
CAPÍTULO 3	37
DIREITOS FUNDAMENTAIS: O TREM DOS TRILHOS ENFERRUJADOS E A SOLUÇÃO TÉCNICA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	
Rubens Beçak Rafaella Marineli Lopes	
DOI 10.22533/at.ed.6922013083	
CAPÍTULO 4	49
GLOBALIZAÇÃO E CIDADANIA: A EFETIVIDADE DA IDENTIDADE DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS	
Cassiane de Melo Fernandes Renata Aparecida Follone	
DOI 10.22533/at.ed.6922013084	
CAPÍTULO 5	65
A FERROVIA PARAENSE: UM ESTUDO DE CASO SOBRE ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS DOS POVOS TRADICIONAIS NA AMAZÔNIA PARAENSE	
Johny Fernandes Giffoni	
DOI 10.22533/at.ed.6922013085	
CAPÍTULO 6	74
DE ESCRAVIZADO A CIDADÃO: UMA ANÁLISE DA CIDADANIA DOS NEGROS EM TEMPOS ATUAIS	
Carlos Alberto Ferreira dos Santos João Batista Santos Filho Maria Lenilda Caetano França	
DOI 10.22533/at.ed.6922013086	
CAPÍTULO 7	84
A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA NO QUE SE REFERE À ENERGIA NUCLEAR E SUA INTERFERÊNCIA NA VIDA E NOS DIREITOS DE CADA INDIVÍDUO	
Victor Lozovoi Figueiredo de Araújo José Roque Nunes Marques	
DOI 10.22533/at.ed.6922013087	
CAPÍTULO 8	94
O NOME SOCIAL E SUA IMPORTÂNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO PERSONALÍSSIMO	
Maria de Fátima Rodrigues de Oliveira	
DOI 10.22533/at.ed.6922013088	

CAPÍTULO 9	104
DIREITO SISTÊMICO E DIREITOS HUMANOS: A APLICAÇÃO DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES PARA TRATAMENTO DOS CONFLITOS JUDICIAIS	
Sami Storch Sttela Maris Nerone Lacerda	
DOI 10.22533/at.ed.6922013089	
CAPÍTULO 10	115
A PENSÃO ALIMENTÍCIA PARA EX-CÔNJUGE E SUA INCIDÊNCIA NOS DIREITOS HUMANOS	
Isabella Nogueira Freitas Patrícia Martinez Almeida José Manfro	
DOI 10.22533/at.ed.69220130810	
CAPÍTULO 11	127
A MAJORAÇÃO DE 25% NO VALOR DA APOSENTADORIA SOMENTE AO APOSENTADO POR INVALIDEZ: DA CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
Selma Cristina Tomé Pina Juvencio Borges Silva	
DOI 10.22533/at.ed.69220130811	
CAPÍTULO 12	140
A EVOLUÇÃO DO ROL DOS INCAPAZES: BREVES NOÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A TEORIA DAS INCAPACIDADES	
Fabrício Manoel Oliveira Luana Ribeiro Oliveira	
DOI 10.22533/at.ed.69220130812	
CAPÍTULO 13	154
NOTAS SOBRE O ILUMINISMO PENAL EM CESARE BECCARIA	
Leonardo Marcel de Oliveira Roberta Fernandes Santos	
DOI 10.22533/at.ed.69220130813	
CAPÍTULO 14	174
CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA E DOS MOVIMENTOS SOCIAIS - O POBRE COMO UM INIMIGO DA SOCIEDADE	
Álisson Rubens da Silva Sousa Linda Evelyn Sousa Nascimento Stenno Dyego Silva Rocha	
DOI 10.22533/at.ed.69220130814	
CAPÍTULO 15	181
POPULISMO PENAL MUDIÁTICO: A EXPLORAÇÃO COMERCIAL E POLÍTICA DO CRIME	
Paulo Thiago Fernandes Dias Dara Sousa Santos Khayam Ramalho da Silva Sousa	
DOI 10.22533/at.ed.69220130815	

CAPÍTULO 16	193
DIREITO DE VOTAR DO PRESO CONDENADO POR SENTENÇA CRIMINAL: UMA INCONSTITUCIONALIDADE?	
Vanessa Serra Carnaúba Feitoza Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho	
DOI 10.22533/at.ed.69220130816	
CAPÍTULO 17	210
O PAPEL DA DELAÇÃO PREMIADA NA PERSECUÇÃO PENAL	
Tiago Martins de Oliveira Guimarães	
DOI 10.22533/at.ed.69220130817	
CAPÍTULO 18	224
O ESTUPRO DE VULNERÁVEL, A PALAVRA DA VÍTIMA E O <i>IN DUBIO PRO REO</i> – A PSICOLOGIA COMO FERRAMENTA JURÍDICA DE EQUILÍBRIO	
Tércio Neves Almeida Rosemar Cardoso Fernandes Lissa Caron Sarraf e Silva Fernando Gomes de Castro	
DOI 10.22533/at.ed.69220130818	
CAPÍTULO 19	247
COMPARAÇÃO DOS CASOS DE VIOLÊNCIA INFANTIL ENTRE OS ALVOS MASCULINOS E FEMININOS NO BRASIL	
Geovana Passos Brito Amanda Claudino Borges Débora Teodoro Carrijo Felipe Batista Rezende Heloísa Teodoro Sequeira Júlia Oliveira Carvalho Luísa Castilho Amâncio Maria Eduarda Giacomin da Cruz Mateus Teodoro Sequeira Natália Sousa Costa Paula Kathlyn de Oliveira Mithielle Rodrigues de Oliveira Peixoto	
DOI 10.22533/at.ed.69220130819	
CAPÍTULO 20	252
A (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS	
Gislaine da Silva Jociane Machiavelli Oufella Adelcio Machado dos Santos	
DOI 10.22533/at.ed.69220130820	
CAPÍTULO 21	265
JOGOS ELETRÔNICOS E VIOLÊNCIA: A INVERSÃO DE VALORES E A GARANTIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ DA LEI N°. 8.069/1990	
Mariana Maria Fernandes	
DOI 10.22533/at.ed.69220130821	
SOBRE O ORGANIZADOR	277
ÍNDICE REMISSIVO	278

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A GOVERNANÇA PÚBLICA: O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Data de aceite: 03/08/2020

Itamar de Ávila Ramos

Universidade de Burgos/Espanha
<http://lattes.cnpq.br/5535269244423389>

Rodrigo da Silva Monteiro

Universidad de Salamanca/Espanha
<http://lattes.cnpq.br/7993557135944940>

Artigo publicado no E-book dos Anais do XX-Congresso Internacional de Direito Constitucional do IDP, disponível em: <http://www.idp.edu.br/wp-content/uploads/2018/06/e-book_XX-Congresso-Internacional-de-Direito-Constitucional-do-IDP_v062018.pdf>

RESUMO: Analisa o inter-relacionamento entre a governança pública, o princípio da eficiência administrativa e a concretização dos direitos fundamentais, sob a vertente da atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos. Em uma perspectiva analítica de base histórica dialética e por meio de um estudo exploratório descritivo, analisaram-se as fundamentações dos votos vencido e vencedor proferidos por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.612.931 – MS, quando discutiu-se a pretensão de implantação de plantão de 24 horas em Delegacia Especializada de Atendimento à Infância e à Juventude, a fim de que todo

menor apreendido em flagrante seja ouvido e atendido na referida instituição, impedindo que sejam colocados em ambiente carcerário constituído para imputáveis, em concomitância com presos maiores. Constatou-se que o direito fundamental à boa administração e o princípio da eficiência, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, são fundamentos para a compreensão de que a discricionariedade da Administração Pública não é absoluta, cabendo ao Poder Judiciário o controle da legalidade, dos motivos e da finalidade dos atos praticados sob o seu manto. Conclui-se sustentando que cabe ao Poder Judiciário, ocorrendo ações ou omissões do Poder Executivo incongruentes com o projeto constitucional, determinar a adoção da correta materialização de políticas públicas atinentes à manutenção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Governança pública; Direitos fundamentais; Discricionariedade; Princípio da eficiência.

FUNDAMENTAL RIGHTS AND PUBLIC GOVERNANCE: THE JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC ADMINISTRATION ACTS

ABSTRACT: The interrelation between public governance, the principle of administrative

efficiency and the realization of fundamental rights is analyzed, under the aspect of the action of the Judicial Power in the control of administrative acts. In an analytical perspective with a dialectical historical basis and through an exploratory descriptive study, the foundations of the expired and victorious votes uttered on the occasion of the judgment of Special Appeal No. 1,612,931 - MS were analyzed, when the claim of the implantation of a 24-hour shift in the Specialized Police Station for Child and Youth Care, so that all minors apprehended in flagrante are heard and cared for in the aforementioned institution, preventing them from being placed in a prison environment set up for those accused, in concomitance with older prisoners. It has been understood that the fundamental right to good administration and the principle of efficiency, under the perspective of the dignity of the human person, are foundations for the understanding that the discretion of the Public Administration is not absolute, it being up to the Judicial Power to control of the legality, the motives and the purpose of the acts practiced under his cloak. It concludes by maintaining that it is the responsibility of the Judicial Power, occurring actions or omissions of the Executive Power inconsistent with the constitutional project, to determine the adoption of the correct materialization of public policies concerning the maintenance of the essential nucleus of fundamental rights.

KEYWORDS: Public governance; Fundamental rights; Discretionary; Principle of efficiency.

1 | INTRODUÇÃO

A enunciação da dignidade da pessoa humana e da cidadania, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, logo no primeiro artigo da Constituição brasileira de 1988 tem, dentre suas justificativas, em especial, o período de repressão política vivenciado no Brasil, precedente à sua promulgação, que fez nascer a necessidade de que o legislador constituinte evidenciasse a todos que o Brasil emergia para um novo paradigma de Estado, com a afirmação, não apenas simbólica, mas intencionalmente transformadora da realidade.

Nesse contexto, no Estado Democrático de Direito, Barroso¹ explicita três grandes transformações que modificaram o conhecimento referente ao Direito Constitucional, consistentes: no reconhecimento da força normativa da Constituição; na expansão da jurisdição constitucional; e na reelaboração doutrinária da interpretação constitucional.

Às citadas mudanças devem ser acrescidas as considerações de Souza Neto e Sarmiento² quanto à constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados com os direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; quanto à sobredita reaproximação entre o Direito e Moral; e quanto à judicialização da política e das relações sociais.

Sob esse novo paradigma, a compreensão das tensões existentes entre o controle

1 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 284-289.

2 SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 202.

dos atos administrativos realizado pelo Poder Judiciário e a obediência da Administração Pública aos princípios explicitados no art. 37 da Constituição brasileira de 1988, dentre os quais, os princípios da legalidade e o da eficiência, sob a perspectiva do direito fundamental à boa administração são os objetivos que permeiam a presente pesquisa.

2 | O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há algum tempo a discricionariedade administrativa deixou de ser observada, conforme apresenta Dallari³ como uma espécie de “cheque em branco” ou “palavra mágica” conferidos ao administrador público, de modo que lhe seja permitido indiscriminadamente conduzir a gestão das políticas públicas sem a necessária vinculação ao feixe de princípios espalhados no ordenamento brasileiro e sobretudo na Constituição Federal.

Há que se concluir que em lugar da discricionariedade obtusa, irracional, foi moldado o inequívoco entendimento afeto à administração da coisa pública como verdadeiro direito fundamental de todo cidadão.

Freitas⁴ assevera que a discricionariedade do agente público “não significa, no Estado Constitucional, liberdade para o erro teratológico ou para vantagens indevidas e voluntarismos de matizes irracionais, ainda que dissimulados em ideologia”. E continua, ao afirmar que não mais se pode admitir uma discricionariedade pura, intátil, sem limites, restando necessário controlar ou mesmo mitigar vícios, excessos e escolhas desidiosas.

Para Bandeira de Mello⁵ a discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. A discricionariedade denota o poder/dever do administrador público de buscar a melhor solução para um problema posto.

A atuação estatal meramente reativa e inegavelmente “desprogramada” se apresenta como inadequada ao modelo constitucional, devendo a Administração Pública deixar de lado a atuação movida pelo impulso e por voluntarismos, com a finalidade de alcançar uma ação planejada e legitimada por critérios conhecidos e transparentes⁶.

Nasce um inegável direito fundamental à boa administração pública, o qual restou

3 DALLARI, Adilson. Controle do desvio de poder. In: LIMA, Liana Maria Taborda; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de (Coords.). **Abuso de poder do Estado na atualidade**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2006, p. 4.

4 FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 9-10.

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 48.

6 VALLE, Vanice Regina do. **Direito fundamental à boa administração, políticas públicas e a prevenção do desgoverno**. Interesse Público, v. 48, 2008, p. 96.

didaticamente anotado por Freitas⁷:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.

Esse direito fundamental à boa administração pública está umbilicalmente vinculado ao princípio da governança pública, por meio do qual compreende-se que a coordenada condução das funções administrativas merece ter por foco a satisfação de um interesse público democrático e legítimo⁸.

Inegável que o dever de planejamento da Administração Pública guarda sintonia com o dever constitucional de eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição Federal, restando evidente que a gestão da coisa pública necessita se voltar à satisfação dos interesses da coletividade, mediante uma atuação estatal coordenada e coerente, sobretudo com respeito aos direitos fundamentais.

Esse dever de eficiência sob todas as vertentes do Estado (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) restou apontado por Agra:

A *res publica* expressa que as decisões políticas devem ser tomadas em benefício da população, e que os mandatários e os gestores públicos têm a obrigação de exercer suas funções de forma a considerar o bem público como algo sacro, densificando a eficiência dos órgãos estatais no atendimento das demandas coletivas⁹.

O Estado deve pautar sua atuação a partir de uma discricionariedade legítima de modo que reine como pedra filosofal uma administração pública ética, proba, eficiente, transparente, cumpridora e garantidora das políticas públicas aptas à consecução dos direitos fundamentais espriados na Constituição Federal, com destaque à dignidade humana.

Essa discricionariedade legítima pode ser definida como:

A competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública¹⁰.

Em momentos pretéritos a discricionariedade administrativa era enxergada como um verdadeiro “cheque em branco”, que permitia aos administradores públicos uma ampla e por vezes irresponsável liberdade de atuação. Dizia-se que ao gestor público cabia a faculdade de agir dentro dos limites impostos pela lei, em uma espécie de legalidade

7 FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

8 BLIACHERIENE, Ana Carla *et al.* Governança Pública, eficiência e transparência na administração pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 133, jan. 2013.

9 AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61.

10 FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 24.

obtusa.

Sob o viés mais coerente com o feixe de princípios que regem o direito fundamental à boa administração pública compreende-se que a discricionariedade administrativa não é mais a liberdade de atuação limitada pela lei, mas a liberdade de atuação limitada pelo Direito¹¹.

A discricionariedade sem medidas e sem controle se apresenta irracional. A partir de tal constatação, mister se faz pensar em mecanismos amplos que possibilitem o controle da Administração Pública, de modo a se alcançar a plenitude desse direito fundamental, mediante a implementação de escolhas administrativas legítimas.

Vivemos a era de uma verdadeira expansão do Poder Judiciário que, segundo Brandão¹² não tem se traduzido apenas na “globalização da jurisdição constitucional”, mas também na transferência de poder decisório às Cortes sobre questões nucleares da sociedade e da política.

Barroso¹³ acentua que a atuação do Poder Judiciário voltada à materialização de direitos fundamentais relegados à sociedade (ativismo judicial) apresenta-se como uma escolha do magistrado na maneira de interpretar as normas constitucionais, de modo a ampliar seu sentido ou alcance, em regra está diretamente ligado a uma contração do Poder Legislativo.

Para o autor tal atuação está associada à ideia de uma participação maior do Poder Judiciário na oferta de direitos, mas principalmente na aplicação direta da Constituição Federal em casos não expressamente contemplados em seu texto, sem que para tanto haja a manifestação do Poder Legislativo.

Destaca também Barroso¹⁴ que o ativismo judicial é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, que permite uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

No Brasil tal fenômeno deriva de um novo padrão constitucional adotado pela Carta Magna de 1988 que abraçou uma nova ordem constitucional, em que foi instituído um Estado Democrático de Direito, baseado nos direitos e garantias fundamentais em substituição a um Estado autoritário, onde os direitos e garantias fundamentais se subordinavam ao Estado.

Com a oferta digna de políticas públicas voltadas à preservação da dignidade humana

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 171.

12 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012, p. 5.

13 BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf >. Acesso em: 28 set. 2017, p. 6.

14 BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017, p. 11.

e o conseqüente respeito aos direitos fundamentais há, na dicção de Barroso¹⁵, o resgate da imperatividade constitucional é instigante novidade neste país acostumado a maltratar as instituições.

A atuação do Poder Judiciário apta a determinar a realização de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais constitui fato inelutável. O Judiciário, quando provocado, não possui alternativa a não ser se pronunciar sobre omissões relevantes causadas pelo próprio Estado, cabendo-lhe, assim, intervir nas hipóteses em que há violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

Atesta Sarlet¹⁶ com precisão que os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas e atividades. Em se tratando de respeito a direitos fundamentais não há que se falar em ofensa ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário determina de modo razoável a realização de política pública relegada pelo Estado. Há, nesses casos, o controle da legitimidade e da eficiência da Administração Pública.

Nessa perspectiva, há a partir do reconhecimento e relevância dos direitos fundamentais um verdadeiro controle do dever de bem motivar, como se vê:

Nessa época marcada por agudas transformações de parâmetros e conceitos, o reconhecimento do peso decisivo dos direitos fundamentais acarreta a intensificação da cobrança do dever de bem motivar. Em outras palavras: saindo da zona de conforto, importa extrair os efeitos da premissa de que o poder existe para os direitos fundamentais, não o contrário¹⁷.

Ressalta-se que havendo a necessidade de ponderação de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, em uma fixação de prioridades do Estado que não se vincular a direitos ligados ao mínimo existencial deve ser preservada a separação de poderes, reconhecendo a competência da Administração Pública na realização dos referidos juízos. De outra sorte, não há como conceber um papel de mero espectador ao Poder Judiciário diante de omissões que violam direitos fundamentais.

É forçoso concluir a existência de uma nova conceituação para os direitos e deveres tratados na Constituição de 1988. Há uma intensa demanda advinda da sociedade para tutela destes direitos. Assim, a legitimidade da atuação protagonista do Poder Judiciário decorre da própria vontade da Constituição.

Sem encerrar o debate mostra-se novamente essencial citar o posicionamento de Barroso:

[...] O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade

15 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 284.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 2005, p. 365-366.

17 FREITAS, Juez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 57.

e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes¹⁸.

Aguiar¹⁹ com acerto defende que apesar da legitimidade democrática dos Poderes Executivo e Legislativo, que são originariamente vocacionados para a definição das políticas públicas, por conta do déficit de dignidade popular verificado em países como o Brasil, é preciso reconhecer o papel proeminente assumido paulatinamente pelo Poder Judiciário como destinatário comum das decepções sociais levadas cada vez mais aos tribunais, principalmente quando está em pauta a discussão sobre os direitos fundamentais em seu núcleo essencial.

Há que se reconhecer, portanto, uma constante judicialização da política, fenômeno decorrente do papel central que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais passaram a ocupar no ordenamento jurídico pátrio.

Em razão do caráter normativo da Constituição, formada por normas jurídicas abstratas de forte tendência política e que se abrem às interpretações tantas, acaba por viabilizar entendimentos diversos sobre assuntos complexos, exigindo a intervenção pacificadora do Poder Judiciário.

A atuação do Poder Judiciário nesse contexto estará vinculada à omissão quanto ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, não sendo viável a referência à separação dos Poderes como fator impeditivo de enfrentamento do mérito da causa através da adoção de uma visão procedimentalista da Constituição.

Descabida a ideia de que o juiz, ao assumir a posição do agente eleito, estaria violando o princípio democrático e pondo em risco o equilíbrio da tripartição dos Poderes. Nesse contexto Ferraz²⁰ adverte que é preciso enxergar o Direito Administrativo de forma a superar acepções meramente ortodoxas, com a finalidade de edificar a interpretação do sistema jurídico sobre novos paradigmas teóricos. Busca-se, assim, substituir o “Direito das regras” pelo “Direito dos princípios”.

Na mesma vertente Motta²¹ acentua que a necessária observação dos princípios constitucionais consagrados no ordenamento acarreta consideráveis mudanças na concepção tradicional de discricionariedade administrativa, sempre e atenção à manutenção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

De se destacar as reiteradas motivações trazidas pelo Poder Executivo no sentido de justificar determinadas omissões relevantes no tocante à implementação de políticas públicas, apontando a limitação orçamentária e a existência de recursos finitos como

18 BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

19 AGUIAR, Claudio Tenório Figueiredo. O Ministério Público e a implementação de políticas públicas: dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. In: **Ministério Público e políticas públicas**. VILLELA, Patrícia (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009. p. 3.

20 FERRAZ, Luciano. Concurso público e direito à nomeação. In: MOTTA, Fabrício (org.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum. 2005, p. 254.

21 MOTTA, Fabrício. Das sanções. In: DIOGENES, Gasparini (coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum. 2006, p. 145.

causa para a inércia.

Não se nega que a escassez de recursos, sempre incapazes de dar conta de todas as necessidades da população, seja uma realidade presente que conduz o Estado às escolhas trágicas sob o manto da reserva do possível, porém, no que toca à essência dos direitos fundamentais essa justificativa não seduz, sendo certo que uma parte considerável desses recursos públicos se esvai pelo caminho da corrupção, sonegação e renúncias fiscais e, sobretudo, má gestão administrativa, o que exige mecanismos eficazes do controle do sangramento dessas verbas por aqueles que resolveram assumir posição de destaque na política nacional ²².

Não só por esse motivo Paulo Junior²³ salienta que as políticas públicas são sindicáveis pelo Poder Judiciário. Havendo transgressão frontal a direito prestacional cabe ao Poder Judiciário a função de retificar a conduta administrativa, se revestida de ilegalidade ou inconstitucionalidade, mesmo quando escorada em “discricionariedade”.

Não se prega o nascimento de um governo de juízes, mas sim deixar claros os espaços constitucionais em que o Poder Judiciário deve agir para exigir democraticamente o Estado respeite o feixe de direitos fundamentais elencados na Constituição de 1988.

O Poder Judiciário não deve manter-se silente diante daquilo que Freitas assinala como o autoritarismo das escolhas administrativas não-fundamentais, uma vez que os juízos de conveniência e oportunidade se encontram constitucionalmente limitados pelo direito fundamental à boa administração pública²⁴.

O controle judicial da legalidade e da legitimidade da discricionariedade administrativa não importa em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas sim pressupõe uma análise constitucionalmente adequada da observância ao princípio da eficiência em sintonia com a preservação de direitos fundamentais cotidianamente relegados pelo próprio Estado.

Os magistrados da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida no dia 20 de abril de 2017, estiveram envolvidos em debate sobre os limites da discricionariedade administrativa e suas interligações com a concretização de direitos fundamentais, quando, por maioria de votos, optaram pela procedência do pedido principal formulado no Recurso Especial – Resp nº 1.612.931-MS.

A compreensão das concepções essenciais das fundamentações defendidas pelas posições antagônicas adotadas pelos Ministros que participaram do citado julgamento bem clarificam a relevância dos temas em comento, que vão além de abstrações teóricas

22 AGUIAR, Claudio Tenório Figueiredo. O Ministério Público e a implementação de políticas públicas: dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. In: **Ministério Público e políticas públicas**. VILLELA, Patrícia (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009. p. 3.

23 PAULO JUNIOR, José Marinho. O Ministério Público e a concretização de direitos prestacionais: sindicabilidade de políticas públicas e prestação judicial de serviço público. In: **Ministério Público e políticas públicas**. VILLELA, Patrícia (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009. p. 140.

24 FREITAS, Juez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48-51.

para, notadamente, repercutirem nas expectativas legítimas da sociedade sobre o real papel do Estado Democrático de Direito brasileiro.

3 | RECURSO ESPECIAL Nº 1.612.931: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, A DISCRICIONARIEDADE E O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A Constituição brasileira de 1988 foi o coroamento do processo de transição de um regime autoritário rumo ao regime democrático. Souza Neto e Sarmento²⁵ afirmam que seu texto apresenta um compromisso com a concretização dos direitos fundamentais e com a inclusão social, destacado já em seu preâmbulo, assim como na localização topográfica da enunciação dos direitos e garantias fundamentais dentre seus capítulos iniciais.

Sob essa mesma perspectiva, deve ser firmado que a cidadania e a dignidade da pessoa humana integram o rol dos fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito no Brasil, possuindo uma relação solidária e complementar, realçada também por Piovesan, ao afirmar:

Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem função democratizadora²⁶.

Adotou-se, nesta pesquisa, a distinção traçada por Sarlet,²⁷ ainda que de cunho predominantemente para fins didáticos, entre as expressões “direitos do homem”, no sentido de direitos naturais, ou de direitos não positivados; “direitos humanos”, aqueles positivados na esfera do Direito Internacional; e “direitos fundamentais”, aqueles reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo Direito Constitucional interno de cada Estado.

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos por meio de várias classificações doutrinárias, dentre as quais aquela que possui maior pertinência com os temas em comento, qual seja, sob sua perspectiva subjetiva, em relação à qual, Mendes *et al.* afirmam:

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou então essa dimensão se expressa no poder de vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas.²⁸

____ Sarlet *et al.*, a seu turno, após trazerem considerações sobre a complexidade dos

25 SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 170-171.

26 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82.

27 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 30.

28 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 290.

direitos fundamentais na sua perspectiva jurídico-subjetiva, destacando a existência de acirrada controvérsia nessa seara, concluem que:

[...] a noção de uma perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais engloba a possibilidade de o titular do direito fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão, ainda que tal exigibilidade seja muito variável e careça de uma apreciação à luz de cada direito fundamental em causa, dos seus limites, entre outros aspectos a serem considerados.²⁹

Assim, atuando pela tutela coletiva dos direitos fundamentais de adolescentes, o Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul interpôs o Recurso Especial – Resp nº 1.612.931³⁰, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local assim ementado:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DESLOCAMENTO DE DELEGADOS E SERVIDORES PARA ATENDIMENTO AO PLANTÃO 24 HORAS DE MENORES INFRATORES – CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES – PROVIDO CONTRARIANDO O PARECER.

O remanejamento de delegados estaduais, principalmente no regime de plantão dizem respeito à conveniência e oportunidade administrativas, não cabendo a intervenção do Judiciário na formulação de políticas públicas, que constituam matéria sob reserva de governo ou que consubstanciem atos funcionalmente políticos.

A questão envolve matéria de política administrativa, o que é vedado a este Poder Judiciário intervir, sob pena de se permitir que a escolha da construção de creches, presídios, hospitais e demais garantias constitucionais de obrigação do estado sejam transmitidas aos juízes, em clara ofensa ao dispositivo 2o. da Magna Carta de 1988.

Isto porque é da competência do Estado de Mato Grosso do Sul a instalação, administração e manutenção do sistema de internação de menores, que faz parte da segurança pública. Entretanto, embora relevante as questões suscitadas pelo Ministério Público, os motivos pelos quais há o problema versa sobre atos discricionários da Administração Pública (fls. 1.082).

Pretendia-se com a Ação Civil Pública ajuizada em face do Estado do Mato Grosso do Sul o restabelecimento do plantão de 24 (vinte e quatro) horas em delegacia especializada de atendimento à infância e juventude, na cidade de Campo Grande/MS, extinto em dezembro de 2010, viabilizando que todo adolescente apreendido em flagrante fosse ouvido e atendido, independentemente do dia e horário, impedindo o compartilhamento de cela com imputáveis.

O Ministério Público Estadual sustentou na fundamentação do Resp a ocorrência de violação a direitos fundamentais, sobretudo da segurança pública de menores e sua integridade física e mental, o que legitimaria o controle judicial do poder discricionário da Administração Pública, constituindo fator que extrapola o juízo de conveniência e

29 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 347.

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento procedente por maioria ao Recurso Especial. RE n. 1.612.931. Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul e Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Napoleão Maia. **Diário da Justiça Eletrônico**, 7 de agosto de 2017.

oportunidade.

A certidão de julgamento da decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, referente ao Resp em comento, apresenta uma divisão de posicionamentos entre os seus membros, que culminou com uma maioria de três votos a dois votos pela procedência do pedido principal formulado pelo Ministério Público Estadual.

O objeto principal em julgamento dizia respeito à pretensão formulada numa Ação Civil Pública para a implantação de plantão de 24 (vinte e quatro) horas em Delegacia Especializada de Atendimento à Infância e à Juventude, a fim de que todo menor apreendido em flagrante fosse ouvido e atendido na referida instituição, impedindo que sejam colocados em ambiente carcerário constituído para imputáveis, em concomitância com presos maiores.

Nesse sentido, pleiteou-se que o Estado do Mato Grosso do Sul destinasse recursos do orçamento plurianual para atender as políticas públicas voltadas aos adolescentes em conflito com a lei. O juiz de primeiro grau sentenciou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público Estadual, estabelecendo pena de multa diária em caso de descumprimento.

O Tribunal local, conforme ementa acima, em sede de Apelação/Reexame Necessário, reformou a sentença, fundamentando-a na impossibilidade de interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo, considerando que a medida imposta feriria o campo de liberdade concedido à Administração, que deveria ser exercido, exclusivamente, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

O Resp chegava, então, à Corte Superior com duas fundamentações e conclusões diametralmente opostas quanto aos mesmos fatos, impondo aos magistrados a análise dos conteúdo e limite da discricionariedade administrativa do Estado do Mato Grosso do Sul naquele caso concreto.

Conquanto nenhuma das fundamentações tenha citado explicitamente, entendemos que a decisão a ser tomada pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça envolvia, também, os temas da governança pública, do direito fundamental à boa administração e do princípio da eficiência.

Antes de adentrarmos às fundamentações em litígio, deve ser firmado um ponto referente ao direito fundamental em discussão. Em relação aos direitos fundamentais dos adolescentes, num primeiro olhar, poder-se-ia pensar serem desnecessários dispositivos legislativos que tratassem, especificamente, desses direitos fundamentais, porquanto, por tratarem-se de seres humanos, teriam seus direitos resguardados pelas disposições internacionais e constitucionais que disciplinam os direitos e garantias fundamentais.

No cenário internacional, fizeram menção aos direitos das crianças e dos adolescentes, conforme ensinamentos de Rossato, Léporo e Cunha, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948,³¹ (artigos 25 e 26), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos,

31 **DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem de 1948.** Unic/Rio, 2009. Disponível em: <<http://e25.d32.myftpu>

Sociais e Culturais, de 1966 (artigos 10 (3), 12 (2) (a) e 13 (1), além das Convenções Europeia, Americana e Africana de Direitos Humanos, instrumentos componentes do sistema homogêneo de proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes³².

No âmbito interno, considerando o reconhecimento da condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fez nascer um sistema de garantias de direitos para a adoção de medidas concretas voltadas a dar efetividade aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, com absoluta prioridade numa denominada doutrina de proteção integral.

Este sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes possui algumas características, quais sejam:

a) positivar direitos fundamentais exclusivos para crianças e adolescentes, (...) aos quais se somam todos os direitos fundamentais reconhecidos para os adultos; b) dar uma conformação jurídico-estrutural especial a esses direitos, criando um dever de asseguramento prioritário dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, imposto ao mundo adulto (Estado, família e sociedade, na dicção do art. 227); c) reconhecer igualdade entre as crianças e adolescentes – todos têm os mesmos direitos e deveres, ou seja, um único status jurídico -, pondo fim à odiosa separação entre duas classes de pessoas crianças/adolescentes, que marcava o paradigma menorista³³.

Amin, Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao discorrer sobre a proteção integral, destaca que:

Com ela, constrói-se um novo paradigma para o direito infanto-juvenil. Formalmente, sai de cena a Doutrina da Situação Irregular, de caráter filantrópico e assistencial, com gestão centralizadora do Poder Judiciário, a quem cabia a execução de qualquer medida referente aos menores que integravam o binômio abandono-delinquência.

Em seu lugar, implanta-se a Doutrina na Proteção Integral, com caráter de política pública. Crianças e adolescentes deixar de ser objetos de proteção assistencial e passam a ser titulares de direitos subjetivos. Para assegurá-los é estabelecido um sistema de garantia de direitos, que se materializa no Município, a quem cabe estabelecer a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, através do Conselho Municipal de Direito da Criança e do Adolescente – CMDCA, bem como, numa co-gestão com a sociedade civil, executá-la³⁴.

Por fim, avançando no reconhecimento legislativo dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Brasil, em 21 de novembro de 1990, promulgou, através do Decreto nº 99.710/90, a Convenção sobre os Direitos da Criança, que veio reafirmar a necessidade de uma proteção especial às crianças e adolescentes. No mesmo ano, em 13 de julho, foi promulgada a Lei 8.069, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, pautada nos princípios da prioridade absoluta, do melhor interesse e da municipalização. Assim, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes possuem uma disciplina

pload.com/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2015.

32 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

33 MACHADO, Martha de Toledo. Direito da Infância e Juventude. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). **Manual de direitos difusos**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 139.

34 AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro, 2011. p. 9.

especial, tanto no cenário internacional, quanto interno.

Retomando à análise do julgamento do Resp 1.612.931, alguns fundamentos da compreensão do voto-vista vencido por ocasião do julgamento merecem atenção, frente aos interrelacionamentos entre os temas ativismo judicial, direitos fundamentais e discricionariedade administrativa que merecem ser destacados.

Na introdução de seu voto-vista, o Ministro Gurgel de Faria afirma ser, de há muito, simpático à tese do controle, pelo Judiciário, do denominado “mérito administrativo”, com a possibilidade do reexame dos critérios de oportunidade e de conveniência adotados pelo administrador público, nos casos de abuso perpetrados pela respectiva autoridade, quando desrespeitados os princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade ou, ainda, quando flagrante a ilegalidade, citando como exemplo julgamento em que atuou nos idos do ano de 1999, quando muitos defendiam a insindicabilidade do mérito administrativo.

Logo a seguir, entretanto, o Ministro supracitado apresenta exemplos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que somente autorizariam o exame pelo Poder Judiciário do mérito do ato administrativo discricionário nos casos de abuso por parte do administrador público, consubstanciado em manifesta ilegalidade, concluindo que tais hipóteses não estariam presentes no Recurso Especial em julgamento.

Sua conclusão foi pautada, notadamente, no fato de que, realmente o art. 172, parágrafo único, da Lei nº 8.069/1990 estabelece que o adolescente apreendido em flagrante será, de imediato, encaminhado à autoridade policial competente, entretanto o legislador ordinário salvaguardou a situação da apreensão em flagrante dos adolescentes nas localidades onde não houver as delegacias especializadas plantonistas, a teor da previsão do art. 175 da mesma lei.

Assim, não verificou o Ministro que proferiu o voto-vista vencido ensejo para o controle do mérito administrativo requerido, lembrando que o debate dizia respeito tão somente ao plantão, pois haveria delegacia especializada de atendimento à infância e à juventude em Campo Grande/MS nos demais dias.

Ao reverso, a fundamentação do voto que veio a tornar-se vencedor, proferido pelo Relator do Resp, o Ministro Napoleão Maia, destacou pontos deveras importantes sobre a concretização dos direitos fundamentais, que são, também, defendidos nessa pesquisa e explicitados abaixo.

Ressalta destacar que toda a compreensão das normas infraconstitucionais deve ser realizada com o olhar voltado para a Constituição, considerando o princípio da supremacia constitucional, e esse ponto não passou despercebido pelo Ministro Napoleão Maia, eis que, logo no início da fundamentação de seu voto, trouxe à luz as imposições previstas pelo art. 227 da Constituição brasileira de 1988, citando, ainda, a imprescindibilidade de proteção e amparo especializado à criança e ao adolescente, que vem disciplinados em artigos da Lei nº 8.069/90.

Ponto central da fundamentação do voto vencedor do Resp em análise trata-se da

afirmação de que a discricionariedade do Poder Executivo não é absoluta, e que eventuais abusos podem e devem ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário, a quem cabe o controle de sua legalidade, bem como dos motivos e da finalidade dos atos praticados sob o seu manto.

Conclui o Ministro Napoleão Maia que não se estaria, portanto, diante de uma escolha moralmente aceitável do Estado do Mato Grosso do Sul, mas de efetiva preterição de uma prioridade imposta pela Constituição brasileira de 1988, e de uma conduta contrária à lei, nacional e internacional, constituindo hipótese legalmente aceita de intervenção do Poder Judiciário nos atos da Administração praticados com suporte no poder discricionário.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial – Resp nº 1.612.931 teve que optar entre duas interpretações possíveis de normas infraconstitucionais de tutela dos direitos fundamentais de adolescentes infratores, frente à atuação do Poder Executivo e, mesmo não constando referência explícita na ementa do acórdão ou na fundamentação do voto vencedor, entendemos que o princípio da interpretação conforme à Constituição foi aplicado pela maioria de seus ministros.

O princípio da interpretação conforme a Constituição “impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais”³⁵. O Tribunal Superior, ao se deparar com mais de uma interpretação possível de uma norma, veio escolher aquela que apresenta maior pertinência com a Constituição para a concretização dos direitos fundamentais.

Necessária a compreensão de que a atuação do Estado deve estar orientada, como apontado acima, pela governança pública, pelo atendimento ao direito fundamental à boa administração e pelo princípio da eficiência. Entretanto, a eficiência administrativa deve vir pautada pelo princípio da dignidade humana e não em modelos privados pautados pela ideia de reformismo do Estado dos anos 80 e 90.

Referindo-se ao parâmetro aferidor da eficiência na Administração Pública, Batista Júnior esclarece que, na realidade, o referencial do princípio da eficiência não deve ser compreendido em função do resultado proporcionado ao usuário do serviço público, mas sim deve ser compreendido na pessoa humana, fazendo com que as exigências de maior qualidade na prestação de serviços públicos satisfaçam as necessidades da população³⁶.

4 | CONCLUSÃO

O objeto pesquisado ainda não se apresenta como pacífico para a doutrina e jurisprudência, não havendo uniformidade sobre a definição dos limites da discricionariedade administrativa. Tanto é que a decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça,

35 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: 2011. p. 325.

36 BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 193-194.

por ocasião do julgamento do Resp nº 1.612.931, que serviu de fundamento para o início da pesquisa, se deu por maioria de votos (3 x 2).

Se os limites da discricionariedade administrativa não podem ser delimitados por lei, sob o sério risco de se engessar a máquina estatal, é inegável que essa liberdade de atuação do agente público não pode servir de escudo para que os direitos fundamentais recebam mitigação em seu alcance. A preservação da dignidade humana, a exemplo da manutenção de plantão ininterrupto em delegacias especializadas no atendimento de crianças e de adolescentes, não deve encontrar óbice em argumentos vazios de escolhas administrativas.

A governança pública e o direito fundamental à boa administração estão vinculados a um dever de eficiência e ao compromisso de concretização de direitos fundamentais. Nesse particular o Poder Judiciário exerce um papel essencial na manutenção do Estado Democrático de Direito, de modo que possibilita a qualquer cidadão o acesso às conquistas advindas do novo modelo constitucional e diante da inércia na materialização desses direitos o Judiciário, cada vez mais, tem sido buscado pela sociedade em geral, seja em ações individuais ou coletivas.

Como garantidor de direitos fundamentais relegados pelo Estado o Judiciário atua como um verdadeiro poder contramajoritário na defesa da Democracia quando realiza o controle da legalidade dos atos estatais, aferindo o conteúdo e os limites da discricionariedade administrativa em prol da concretização do princípio da dignidade humana.

A pesquisa não pretendeu sustentar que ao Poder Judiciário seja indiscriminadamente permitido imiscuir-se na função do Poder Executivo de modo a privilegiar uma política pública em detrimento de outra. Temos a convicção que essa foi igualmente o fundamento da decisão emanada da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. O que se apregoa, em sintonia com o que se espera de um Estado Democrático de Direito, é a possibilidade de judicialização em casos de omissão relevante que submeta a risco o núcleo essencial dos direitos fundamentais, uma vez que estes vinculam todos os órgãos da Administração Pública.

A invocação do princípio da separação dos poderes, que fundamentou a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso Sul ao reformar a sentença que determinou ao Governo estadual que em prazo determinado procedesse à abertura de delegacia especializada para atendimento de crianças e de adolescentes em período integral, não tem o condão de mitigar a possibilidade de judicialização de políticas públicas e representa um verdadeiro contrassenso, uma afronta ao Estado Democrático de Direito, que deve primar pelo respeito aos direitos do homem, dentre os quais aquele relacionado à uma gestão administrativa proba, competente e pautada nos valores de governança.

A investigação permitiu constatar que cabe ao Poder Judiciário agir como o fiel da balança de modo a equacionar a correta materialização de políticas públicas atinentes à

manutenção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, sempre que presente qualquer risco ao mínimo existencial que deva ser conferido a todo ser humano como condição de manutenção de sua dignidade.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 117 p.

AGUIAR, Claudio Tenório Figueiredo. O Ministério Público e a implementação de políticas públicas: dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. In: **Ministério público e políticas públicas**. VILLELA, Patrícia (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. 196 p.

AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Rio de Janeiro, 2011. 1150 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017. 29 p.

_____, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017. 45 p.

_____, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2001. 432 p.

_____, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: 2011. 446 p.

BLIACHERIENE, Ana Carla *et al.* Governança Pública, eficiência e transparência na administração pública. **Fórum de contratação e gestão pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 133, jan. 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012. 351 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento procedente por maioria ao Recurso Especial. RE nº 1.612.931. Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul e Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Napoleão Maia. **Diário da Justiça Eletrônico**, 7 de agosto de 2017.

DALLARI, Adilson. Controle do desvio de poder. In: LIMA, Liana Maria Taborda; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de (Coords.). **Abuso de poder do Estado na atualidade**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas. 1999. 275 p.

FERRAZ, Luciano. Concurso público e direito à nomeação. *in*: MOTTA, Fabrício (org.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum. 2005. 291 p.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009. 149 p.

MACHADO, Martha de Toledo. Direito da Infância e Juventude. *in*: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). **Manual de direitos difusos**. São Paulo: Verbatim, 2009. 819 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 2010. 110 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1485 p.

MOTTA, Fabrício. Das sanções. *in*: DIOGENES, Gasparini (coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum. 2006. 399 p.

PAULO JUNIOR, José Marinho. O Ministério Público e a concretização de direitos prestacionais: sindicabilidade de políticas públicas e prestação judicial de serviço público. *In*: **Ministério Público e políticas públicas**. VILLELA, Patrícia (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009. 196 p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. 736 p.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 664 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 512 p.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1440 p.

SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 621 p.

VALLE, Vanice Regina do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas e a prevenção do desgoverno. **Interesse público**, v. 48, 2008. 317 p.

O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO ABERTA COMO UMA MEDIDA PARA A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Data de aceite: 03/08/2020

Data da submissão: 05/05/2020

Kaléo de Oliveira Tomaz

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Campinas, São Paulo

<http://lattes.cnpq.br/1113320371981655>

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender de que forma a interpretação das normas dos Direitos Humanos Fundamentais impacta sua eficácia jurídica. Pretende-se também fazer uma análise do conceito de Constituição Aberta, proposta por Peter Häberle, buscando-se entender como sua perspectiva seria capaz de resolver possíveis problemas na eficácia das Normas Fundamentais. O trabalho se justifica posto que análises de como a interpretação e outras questões hermenêuticas impactam a eficácia jurídica dos Direitos Humanos ainda são pouco desenvolvidas. Como método de pesquisa, busca-se analisar a bibliografia de autores que já tenham tratado sobre o tema, usasse também como chave analítica as ideias do filósofo Hans-Georg Gadamer. Como conclusões, foi possível observar um aprofundamento das discussões

da maneira pela qual a hermenêutica filosófica impactou os estudos jurídicos. Além disso, se compreendeu de forma mais abrangente que o conceito de Constituição Aberta possibilita uma aplicação mais adequada das descobertas da nova hermenêutica.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Aberta, Hermenêutica, Direitos Humanos.

THE CONCEPT OF OPEN CONSTITUTION AS A MEASURE FOR THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS IN BRAZIL

ABSTRACT: The following article intends to understand how the interpretation of the Fundamental Human Rights norms impacts its legal efficiency. It also seeks to make an analysis of the concept of Open Constitution, proposed by Peter Häberle, looking to understand how its perspective could mayhaps solve problems of the efficacy of the Fundamental Norms. The paper is justified as it analyses how the interpretation and other hermeneutic themes impact the juridical efficacy of the Human Rights, questions of yet little discussion. As a research method, it seeks to analyse the bibliography of authors that have approached the theme, it also uses as analytical key the ideas of the philosopher Hans-Georg Gadamer. As conclusions, it was

possible to observe a deepening of the discussions on how the philosophical Hermeneutic impacted the legal studies. Furthermore, it comprehended more broadly that the concept of Open Constitution enables a more adequate application of the discoveries of the New Hermeneutic.

KEYWORDS: Open Constitution. Hermeneutic. Human rights.

1 | INTRODUÇÃO: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, OS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO ABERTA

Este artigo se propõe como um passo na busca da aplicação do conceito de Constituição Aberta dentro do contexto brasileiro. Este conceito entende que se deve ampliar o número de intérpretes da constituição, para que sua aplicação seja mais democrática. Visto isso, ele impõe a necessidade de se voltar os olhos ao sujeito interpretativo e a própria interpretação.

Ademais a observação da Constituição Aberta como eficácia para os Direitos Humanos exige uma observação atenta. Isso se dá devido a sua complexidade. Por esse motivo é preciso dividir o assunto em três áreas de análise principais. Sendo estas: A hermenêutica constitucional; A eficácia dos Direitos Humanos; e a Constituição Aberta. Neste primeiro momento se buscará apenas compreender cada uma destas três áreas para que depois se possa aprofundar nos assuntos mais pertinentes.

1.1 A interpretação normativa e sua importância

Para observar a importância da interpretação da norma é preciso analisar um processo histórico. Isso pois, como será mais profundamente analisado, muitas escolas jurídicas já dedicaram um tempo a este assunto. Não somente isso, mas também se buscará mostrar como a interpretação da norma é fundamental para sua aplicação. Assim como os problemas que se enfrentam nesta tarefa decorrem do agente, que afeta, e deixa ser afetado, pelo seu trabalho.

Vale ressaltar, que durante todo este trabalho se entenderá hermenêutica clássica como a escola jus positivista, ou mais objetivamente o positivismo jurídico. Porém não se deve considerar este grupo como algo dado, mas como um processo histórico que se construiu, até seu ápice em Kelsen. Destaca-se também que esta perspectiva não foi uma, apesar disso é possível se extrair delas alguns pontos gerais (BARROSO, 2009a, p. 325).

Quem analisa a fundo esta corrente jurídica é Norberto Bobbio em seu livro denominado “O Positivismo Jurídico”. O autor destaca seis pontos comuns a todo pensamento positivista jurídico (BOBBIO, 2006, ps. 131 a 134). Contudo, para este primeiro momento, apenas um deve ser considerado: O Método da ciência jurídica. Para os positivistas a interpretação da norma deve partir dela, e somente dela. Bobbio chamará esta tentativa de *construtiva e dedutiva*, ou ainda *dogmática jurídica* (BOBBIO, 2006, p. 220). Neste

sentido o intérprete da lei deve fixar na própria norma, sem se basear em questões fáticas e jamais contrariando a norma (BOBBIO, 2006, p. 214). Este tipo de concepção da interpretação pode gerar uma série de problemas, isso pois implica em pressupostos que posteriormente serão abordados. Vale lembrar que o positivismo jurídico não tem em si uma teoria de interpretação constitucional. Contudo e que se pretende mostrar é que mesmo sem este enfoque, o positivismo produziu uma teoria que impactou em grande parte a interpretação da norma e por consequência a interpretação constitucional.

O positivismo, embora tenha deixado suas marcas na ciência jurídica, perdeu muito de sua força. Isso pois teve um impacto importante na realidade, que o levou a um certo descrédito. O Ministro Luís Roberto Barroso conta em seu livro “Interpretação e Aplicação da Constituição” como isso se deu. Foi baseada na ideia de seguir a lei, e somente ela, que muitos alegaram ter cometido atrocidades durante o regime nazista. E foi com a derrocada deste e outros regimes fascistas que o positivismo se enfraqueceu (BARROSO, 2009a, p. 327). Vale ressaltar que o positivismo não pode ser considerado diretamente responsável pelos crimes cometidos por regimes ditatoriais, porém, o que se quer mostrar é que ele foi utilizado para justificar esses regimes, pelo menos pelos seus agentes.

Analisando este fato histórico pode-se entender como a hermenêutica e a concepção que se tem do trabalho jurídico afetam a realidade. Em outras palavras, pode-se considerar que as diferentes maneiras de se interpretar, vindas das correntes jurídicas diversas, também modificam a realidade. Não seria difícil sustentar, portanto, que muitos dos problemas sociais, políticos e de Direitos Humanos decorrem diretamente de como se compreende o Direito.

1.2 A eficácia dos Direitos Humanos e a interpretação

Agora que se analisou brevemente a importância da interpretação e da hermenêutica, pode-se analisar mais profundamente o funcionamento dos Direitos Humanos. Isso levando em conta a formação histórica desse conceito para se entender como ele se reflete na realidade.

Para iniciar esta análise é importante lembrar que a concepção de Direitos Humanos advém da corrente jusnaturalista, muito anterior até mesmo a própria Ciência do Direito (FERREIRA FILHO, 2005, p. 9). Esta teria passado por três diferentes fases: uma ligada a tradição grega, crendo em um direito natural superior; a segunda tradição seria teológica, crendo que Deus teria criado uma lei acima de todos, inclusive ao Estado; e por fim uma tradição iluminista, que afirmava ser possível da razão deduzir uma lei superior (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, p. 656).

Destas três fases é possível extrair um ponto em comum. Existiria um direito superior ao Estado, e que não dependeria deste para se perpetuar (BARROSO, 2009, p. 320). O importante é que ao reconhecer a existência de Direitos anteriores a própria existência do Estado, se criou o ambiente propício para as revoluções burguesas que deram início ao

constitucionalismo moderno (BARROSO, 2009a, p. 322). Observa-se que a própria noção da existência de uma constituição que, limitando o arbítrio estatal, garanta a proteção dos direitos fundamentais do cidadão é decorrente da noção jusnaturalista. Porém não somente dela, mas também da concepção da existência de um *pacto social* que daria início a sociedade, coordenando os direitos naturais dos indivíduos, para que estes não entrem em conflito entre si (FERREIRA FILHO, 2005, p. 3–4).

Vale ressaltar que mesmo o jusnaturalismo sendo o grande influenciador dos direitos Fundamentais, estes só adquirem aplicabilidade quando reconhecidos pelo próprio Estado (FERREIRA FILHO, 2005, p. 31). Esta percepção gerou grave celeuma entre aqueles que defendiam a doutrina dos direitos naturais e aqueles que defendiam que os direitos só existiam se permitidos pelo Estado. Isso porque mesmo que reconhecidos os Direitos Fundamentais como existentes, estes se apresentavam em caráter abstrato e portanto precisavam de tutela legal própria para serem exigidos (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, p. 354). Daí nasceu a percepção da necessidade de um sistema de garantias legais, que permitissem ao Estado tutelar e aplicar os Direitos Fundamentais (FERREIRA FILHO, 2005, p. 31–34).

Se por um lado a positivação dos direitos naturais trouxe a sua vitória histórica, também trouxe o seu declínio enquanto percepção revolucionária, pois agora era necessário sua conservação (BARROSO, 2009a, p. 323). Contudo até este momento histórico os Direitos Fundamentais só eram aplicados dentro dos territórios em que os tinham aderido em suas constituições. Isso só vem a mudar de fato após a segunda guerra e o estabelecimento do Tratado internacional dos Direitos Humanos (BARROSO, 2009a, p. 355). Foi a partir deste momento que a doutrina começou a dividir a expressão Direitos Humanos de Direitos Fundamentais, sendo que a primeira estaria ligada ao âmbito internacional e a segunda a legislação interna dos países (WEIS, 2011, p. 24). Contudo, neste trabalho serão tratadas as expressões como sinônimas, isso porque ambas fazem referência a ideia de existirem Direitos Naturais que devem ser juridicamente protegidos.

Contudo ao positivar estes direitos se acaba por colocá-los submissos aos problemas de interpretação e hermenêutica que o restante do ordenamento jurídico também está ligado. O que se quer mostrar, e que é a tese fundamental deste artigo, é que uma das razões que dificulta a eficácia dos Direitos Humanos é exatamente o problema da interpretação. Hoje existe uma série de métodos para se compreender os Direitos Humanos Fundamentais, e uma série de correntes para esse ofício perante a constituição (PEREIRA, 2006, p. 1–3, 61 e 62). No entanto é necessário se observar como eles impactam a realidade e ainda oferecer possibilidades de resolver novos problemas.

1.3 A Constituição Aberta e a interpretação

Como pôde se observar anteriormente, a interpretação constitucional tem uma importância fundamental na aplicação da norma legal, assim como afeta grandemente

a realidade. Isto traz luz ao problema da eficácia dos Direitos Humanos, podendo-se compreender que existe uma dificuldade na interpretação destes direitos quando positivados, gerando conflitos entre eles, desta forma seria difícil sua aplicação.

Neste sentido a chamada hermenêutica pós-positivista deu um passo fundamental na direção da resolução desse problema. Esta nasce do vácuo que se formou após o decaimento das correntes jusnaturalista e positivista, e parte da percepção de que a norma não é algo claro, inequívoco e que somente contempla uma interpretação e portando facilmente colocada sobre a subsunção (BARROSO, 2009, p. 348 e 353).

Esta teoria se firma muito na dualidade entre Regra e Princípio. Na qual a primeira deve ser entendida como objetiva, com pouca abstração e muito direta. Já a segunda, por sua vez carrega uma carga axiológica que necessita ser preservada para ser usada na interpretação (BARROSO, 2009a, p. 356–357). Conquanto o pós-positivismo tenha avançado em sua crítica à hermenêutica positivista e tenha também aceitado a existência de Princípios com força axiológica na constituição, ela não esgotou o problema antes mencionado, pois embora a técnica da Ponderação tenha sua função na aplicação do caso, não é ainda a interpretação propriamente dita (PEREIRA, 2006, p. 266–267). Além disso existe um outro problema ainda não abordado, a questão do pequeno número dos intérpretes da constituição.

É fato que uma norma contém muitas interpretações possíveis, seja ela um princípio ou uma regra. E neste caso é preciso ainda saber qual interpretação é a mais correta. O ministro Barroso sugere uma técnica para resolver esse problema. A teoria da argumentação, como ele nomeia, basicamente é um número de passos lógicos que excluiriam as alegações mais absurdas (BARROSO, 2009, p. 365-370). Contudo nada garante que as alegações que passem neste crivo são as mais acertadas e eficazes. Aliás, seria muito esperar que as decisões retiradas de um único intérprete, mesmo que revisadas por superiores, sejam sempre as mais eficazes.

Caminhando nesta linha, é possível se questionar se ampliando os intérpretes da constituição, não se abriria espaço para mais possibilidades de resultado. Desta forma aumentando por consequência a capacidade de se alcançar a eficácia das normas constitucionais e, por conseguinte, os Direitos Humanos.

Pensando neste questionamento é possível se lembrar da proposta feita por Peter Häberle, de uma sociedade aberta dos intérpretes. Para ele todos aqueles que vivem de alguma forma a constituição a interpretam. E não sendo estes somente os juristas constitucionais que a experienciam, eles não devem ser os únicos a interpretá-la (HÄBERLE, 2014, p. 28). Este processo de permitir a abertura da sociedade que comporia o processo hermenêutico poderia se denominar “Constituição Aberta” (RICRE; BRAGA FERREITA, 2010, p. 264–265). Esta proposta é mais democratizante, isso pois ela envolve o “povo”, tornando-o “cidadão” (HÄBERLE, 2014, p. 39–42). Ela também permite uma pluralidade de interpretações, tanto sobre a lei constitucional quanto sobre a análise dos

fatos. Desta forma se alcançaria o que foi proposto acima. Isso revela que talvez a chave hermenêutica da Constituição Aberta possa favorecer uma maior aplicabilidade para os Direitos Humanos Fundamentais.

Conclui-se por fim que embora tenha existido um grande avanço no pós-positivismo, ele ainda deixa espaço que dificulta a aplicação dos Direitos Humanos. Pois, por mais que se pretenda conseguir encontrar a aplicação mais eficaz, é necessário um desenvolvimento plural e amplo para esse resultado. Desta forma a matriz, ou proposta, trazida por Peter Häberle fornece uma grande contribuição.

1.4 Aprofundamento

Compreendido o que foi exposto se pode passar para o aprofundamento da noção de hermenêutica e para a concepção de uma Constituição Aberta, entendendo-se como estas duas teorias se correlacionam e apontam para uma saída eficaz na aplicação dos Direitos Humanos Fundamentais no Brasil.

2 | A HERMENÊUTICA E O INTÉRPRETE DA LEI

2.1 A concepção de hermenêutica e de interpretação

É de extrema importância que os conceitos de interpretação e de hermenêutica sejam definidos para que se possa caminhar na discussão. Mas não se deve considerar que tais ideias são simples, pois foram forjadas no desenvolvimento histórico.

Norberto Bobbio, ao indagar sobre o significado de “interpretar”, compreende que tal conceito está ligado a “remontar ao signo” (BOBBIO, 2006, p. 212). Já Jane Reis, em um primeiro contato com o termo, o compreende através de sua formação lexical, na junção das preposições *inter*, de origem latina, e *pre*, de origem indo-europeia, que somadas trariam a ideia do contato de dois falantes (PEREIRA, 2006, p. 24). Já na discussão sobre o conceito de hermenêutica, embora com divergências, pode-se apontar como a origem do termo o nome do deus grego Hermes (PEREIRA, 2006, p. 24). Neste sentido Rodolfo Viana explica que o deus Hermes seria o responsável por intermediar e traduzir as mensagens divinas aos homens (PEREIRA, 2001, ps.14-15). Isto já demonstra como este segundo conceito enfatiza a função da mediação em seu íntimo.

Ambos os conceitos estão intimamente ligados. Isso através da exposição das principais ideias do filósofo Gadamer. Este já é notadamente importante para o Direito, pois suas teses modificam de forma importante a perspectiva da hermenêutica clássica (PEREIRA, 2006, p. 30–31; STRECK, 2009, p. 183). De acordo com Rodolfo Viana, baseado nos autores Coreth e Anton Grabner-haider, este autor constrói o que poder-se-ia chamar de **Estruturas fundamentais da compreensão**, que seriam: *Horizonte Histórico*, *o Círculo Hermenêutico*, *a Mediação*, *o Diálogo* e *a Linguicidade* (PEREIRA, 2001, p. 28).

Contudo para o objetivo deste trabalho, somente os quatro primeiros serão destacados.

O *Horizonte Histórico* pode ser entendido como a percepção de que toda compreensão é feita a partir de um momento histórico situado. Neste sentido, aquele que compreende sempre faz a partir da sua história e vivência. Sendo, portanto, impossível fugir da sua historicidade intrínseca, a menos que apagasse sua própria vida, cultura e tradição. Desta forma aquele que compreende, o faz a partir de suas pré-noções e preconceitos (PEREIRA, 2001, p. 29–35).

Já o *Círculo Hermenêutico* pode ser entendido como uma consequência direta do Horizonte Histórico. Isso porque, já que se estabeleceu a existência dessas pré-noções, isso significa que o intérprete ao compreender algo, o faz utilizando-se desta carga. Porém o que está sendo compreendido também tem um universo próprio e um conjunto de significados que modificam a percepção de quem o observa. Nesse ponto nasce uma espécie de espiral, na qual o intérprete cria o significado do que observa, mas essa transforma o horizonte histórico do primeiro (PEREIRA, 2001, p. 35–37). Poderíamos neste sentido entender que a criação do significado é feita pela união entre o que compreende e o que é compreendido, portanto não se faz subjetivamente, mas também não é algo puramente objetivo, como gostariam os positivistas.

A *Mediação* é novamente uma espécie de consequência do que já foi exposto, pois se existe o Horizonte Histórico, que nada mais é do que a soma das pré-noções, então tudo que se compreende é feito por meio delas. Não se compreende nada de seu ponto zero, sem qualquer interferência, mas sempre mediado pelos preconceitos de quem observa (PEREIRA, 2001, p. 42–44).

Por fim chega-se ao *Diálogo*, que parece ser uma condensação de tudo o que já foi analisado. Essa noção não é uma mera conversa entre dois atores, um sujeito e outro objeto, mas vai muito além dessa separação simplista, pois quando se quer compreender algo, o agente deve se abrir para o conhecimento. Ao passo de que se ele questiona, para dar início a interpretação, ele também admite que tem um mínimo conhecimento sobre aquilo que almeja compreender. Isso acaba com separação entre sujeito e objeto, mas também demonstra que todo conhecimento é formado no diálogo entre os horizontes históricos do que compreende e do que é compreendido (PEREIRA, 2001, p. 46–50).

Pode-se perceber por fim que todos os quatro pontos analisados acabam por estar interligados, sendo difícil a existência de um sem o outro. E mais que isso, observando apenas estas quatro Estruturas se compreende que o processo interpretativo é apenas uma das partes do todo hermenêutico. Isso mostra como o processo de interpretação é algo complexo, que dificilmente pode ser mecanizado com a mera subsunção de fatos as normas. Ela acaba se baseando em uma série de momentos anteriores que interferem, logicamente, no seu resultado. Mas para se compreender melhor como isso ocorre, é necessário compreender como a hermenêutica permite desmontar alguns dos pressupostos positivistas. Ajudando a desvelar desta maneira a necessidade de Uma

2.2 Os fundamentos essenciais da hermenêutica clássica

Existem dois pontos fundamentais da hermenêutica clássica que precisam ser observados e contrapostos pelas visões modernas. Isso porque elas estão diretamente ligadas ao processo hermenêutico e, como pretende-se mostrar, se levados as últimas consequências, acabam por trazer problemas para a interpretação dos Direitos Fundamentais. Estes estão bem destacados no livro já citado de Norberto Bobbio, sendo, portanto (I) *A forma de encarar o direito* e (II) *O Método da Ciência jurídica* (BOBBIO, 2006, p. 131 e 133)

Para abordar o primeiro fundamento Bobbio analisa a diferença entre *juízos de fato* e *juízos de valor*, caracterizando o primeiro como tendo apenas o objetivo de informar uma constatação da realidade, de algo que foi observado. Já o segundo se firma em um posicionamento sobre a realidade, ou seja, retirar um valor sobre a realidade. (BOBBIO, 2006, p. 135). Daqui pode-se absorver que, para o juspositivismo existe a possibilidade de se compreender a realidade, sem que haja qualquer juízo de valor sobre ela. Para além dessa diferenciação Norberto argumenta que o juspositivismo liga o caráter científico aos juízos de fato e que, portanto, estão ligados a Ciência do Direito. Já os Juízos de valor seriam posições ideológicas e que caberiam inteiramente a Filosofia do Direito (BOBBIO, 2006, p. 138).

O que deve chamar a atenção desta exposição é que o conceito de ideologia aqui apresentado está ligado a ideia de um posicionamento valorativo sobre a realidade (BOBBIO, 2006, p. 223). Sendo que não caberia ao praticante do direito este tipo de valoração. Este posicionamento acaba por exigir uma pretensa neutralidade do aplicador do direito frente a realidade e na interpretação normativa (BARROSO, 2009a, p. 282). Porém esta exigência é problemática, pois como ressalta a teoria crítica, a negação da existência de valores acaba por reforçar o *status quo* e a ideologia já presente no próprio Estado (BARROSO, 2009a, p. 283).

Deixa-se claro que aqui não se quer discutir a melhor conceituação de ideologia, isso porque o uso dessa palavra para o Direito Crítico e para Bobbio dificilmente tem o mesmo significado. Mas o que se quer ressaltar é que, como já demonstrado por Gadamer, todo o trabalho hermenêutico está imbuído das pré-noções do agente interpretativo. Como evidenciado pelo Horizonte Histórico. Negar a existência deles não faz com que desapareçam, apenas os torna ocultos, mantendo assim o *status quo*.

O positivismo jurídico ao negar os juízos de valor ao praticante do direito acaba por criar uma simulação de um Direito perfeito. Porém esse dificilmente poderá resolver da melhor forma os Casos Concretos, porque ele parte da própria negação da realidade. E aquilo que nega os fatos não pode resolvê-los. Portanto a separação entre *juízos de fato* e *juízos de valor*, se não for impraticável, no mínimo cria uma realidade parcial. Isso por sua

vez cria problemas que não podem ser resolvidos, pois para ajusta-los seria necessário desconsiderar a própria divisão que deu origem ao problema. Em outras palavras, não se pode tratar o problema se ignora-se a sua verdadeira causa.

Para se compreender melhor em que momento as pré-noções do intérprete afetam o processo de compreensão da lei é preciso observar o que Bobbio chama de *O método da ciência jurídica*. Isso porque, quando se observa a metodologia utilizada para guiar a interpretação, também se observará quais momentos as estruturas fundamentais da compreensão atingem o intérprete. Contrariando desta forma até mesmo a própria separação entre os *juízos de fato e juízos de valor*.

Bobbio considera que o positivismo jurídico utiliza da “*teoria da interpretação mecanicista*” (BOBBIO, 2006, p. 133) para orientar o trabalho do intérprete da norma. Esta teoria imporia como limite ao agente o texto legal positivado, devendo ele se distanciar de qualquer interpretação que fuja ao que o legislador propôs na norma legal (BOBBIO, 2006, p. 214). Luiz Gustavo Frigge utiliza a expressão “*dogma positivista da subsunção à norma legal*” para designar esta mesma forma (RODRIGUES, 2008). Contudo este segundo autor encontra sua explicação a partir da obra de Kelsen.

Frigge demonstra, com base na análise de outros autores, como para o positivismo o intérprete deve afastar-se de questões de valores para que este possa subsumir o fato a norma (RODRIGUES, 2008). De forma geral o Intérprete legal deve se comportar de maneira científica, utilizando-se apenas de juízos de Fato.

Portanto observa-se que os métodos positivistas têm como base a forma como estes mesmos enxergam o direito. Isso pode parecer claro ou mesmo auto evidente, porém é uma ligação fundamental para observações posteriores. É necessário, portanto, se observar quais são estes métodos. Maria Eugenia de Andrade demonstra em sua dissertação de mestrado que os quatro métodos clássicos de interpretação seriam: “gramatical, histórica, teleológica ou lógico-sistemática” (LISTE, 2008, p. 97).

De forma geral poderia se caracterizar o *Método Gramatical* como aquele que está fixado no significado de cada uma das palavras que descreve a norma, para assim compreender o seu sentido total. Já o *Método Logico-sistemático* dá um passo à frente do método anterior. Neste entende-se que a norma está envolvida em um sistema e então se buscaria compreender o texto específico e sua função dentro da lei completa. Para além destes o *Método Histórico* buscaria compreender qual foi a razão pela qual o legislador criou aquela norma. Isso através do estudo dos trabalhos e documentos produzidos pelo legislador, retroagir assim a nomogênese jurídica. Por fim haveria o *Método Teleológico*, cujo objetivo seria interpretar a razão da lei. Ou seja, buscar compreender o que esta essencialmente pretende proteger. Se a histórica tenta reconstruir os motivos iniciais que levaram a produção da norma, a teleológica busca compreender seus motivos finalísticos. (BARROSO, 2009a; BOBBIO, 2006; LISTE, 2008).

Pode-se perceber, por uma análise rápida destes quatro métodos, que todos tem

como foco principal a norma, para somente depois analisar o caso concreto. Além disso, como já dito, a observação do texto legal deve ser feita sem qualquer julgamento de valor do intérprete. Mesmo no caso dos *Métodos histórico e teleológico*, a análise deve ser feita de forma científica, e, portanto, a norma conteria em si um significado que se revelaria observando a razão do legislador. Contudo o que as *Estruturas fundamentais da compreensão* demonstram é que este trabalho de afastamento valorativo é impossível, pois elas se apresentam exatamente no contato entre o intérprete e o texto jurídico.

Quando o jurista se debruça sobre a norma ele necessariamente faz isso a partir do momento histórico em que se situa, e por isso carrega consigo as pré-noções deste momento presente. Isso é o que é apresentado como *Horizonte Histórico*. Para além disso o próprio texto legal é imbuído do momento histórico que o legislador possuía no momento da nomogênese. O próprio *Método histórico* admite isso. No encontro entre estes dois horizontes é que se cria o *Círculo Hermenêutico*. porém ele se cria na *Mediação* entre estes dois momentos históricos e só é possível pelo *Diálogo* exercido entre a norma e o próprio jurista.

Portanto é no momento em que o intérprete usa do método positivista que ele se expõe a todas as *Estruturas fundamentais da compreensão*, e ele faz isto por estar situado em um momento determinado. Portanto para que não exista interferência de valores sobre a observação da norma seria necessário existir um jurista atemporal – ou até mesmo *supratemporal* – o que é impossível para qualquer ser humano.

Mostrar estas *Estruturas* atuando no *método positivista* só mostra a incapacidade do intérprete de fazer a separação entre os *juízos de valor* e os *juízos de fato*. Porém não provam a inexistência da diferença entre estes dois “juízos”. Contudo pode-se questionar que, se o intérprete está preso a seus valores, ideologias e pré-noções, por qual razão se nega isso no campo teórico? afastando assim a teoria da prática, ou da realidade. Fazer esse afastamento somente permite criar uma falsa realidade.

O problema fundamental desta ação é que as resoluções jurídicas trazidas sobre o fato concreto estarão presas somente a visão do jurista que analisou o caso e imbuídos de seus valores e ideologias. Porém como não se admite isso, pela visão positivista, se camufla a realidade sobre um verniz de imparcialidade que nega aos demais sujeitos afetados pelo caso qualquer tipo de oposição a decisão. Dado que estes outros não seriam “neutros e imparciais”.

Por fim pode-se compreender quais os problemas que o positivismo enfrenta quando se depara com a realidade dos fatos e com todas as observações trazidas pela Hermenêutica. Isso não significa que o positivismo deva ser de todo rejeitado, porém é preciso compreender que ele não dá suporte a todos os conflitos que existem. Além de que sua concepção teórica nega facetas da realidade que são muito importantes no desempenho do trabalho jurídico e na efetivação dos Direitos Humanos na sociedade.

3 | A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO

Agora cabe analisar as ligações existentes entre a interpretação da norma e a sua Eficácia. Contudo para esta observação é primeiro necessário compreender o que juridicamente se entende por “eficácia”. O que se quer é, pela introdução a discussão do conceito, trazer uma luz sobre o tema para posteriormente fazer as ligações necessárias entre a Eficácia, o conceito de interpretação e a proposta teórica de constituição aberta.

3.1 Eficácia social e jurídica

Para se compreender o conceito de eficácia é interessante observar que existe dentro da doutrina especializada uma certa distinção entre Eficácia jurídica e Eficácia social. Essa última também chamada de efetividade (LENZA, 2014, p. 251; SARLET, 2015, p. 245). Essa concepção tem sua origem na produção do clássico autor José Afonso da Silva (1982, p. 55–56). Tal autor observa que eficácia social se refere a “efetiva conduta da norma”, ou seja, pela efetivação da norma perante a sociedade. Esta concepção se assemelha muito com a noção de eficácia apresentada por Norberto Bobbio, que entende que uma norma somente é eficaz quando ela é seguida pelos agentes sociais, para os quais a lei é destinada (BOBBIO, 2008, p. 46).

Esta dimensão da *efetividade* da norma corresponde a “aplicação no mundo dos fatos” das abstrações teóricas da norma (BARROSO, 2009, p. 82–83). É importante frisar a Eficácia social, principalmente quando se pensa nas normas de Direitos Humanos, porque compreendendo estas como sendo de caráter fundamental, se entende que as mesmas são as que mais deveriam gozar de presença e respeito dentro da sociedade. Contudo o ministro Barroso demonstra que existe um pressuposto inicial para essa efetivação (BARROSO, 2009b). Aqui se volta as lições de José Afonso que aponta para a eficácia jurídica da norma. Essa outra dimensão normativa está ligada a aplicabilidade da norma, ou seja, não está ligada aos efeitos concretos mas a possibilidade destes existirem por meio da norma (SARLET, 2015).

Sobre este último assunto é importante ressaltar, como faz o ex-presidente Michel Temer, que a eficácia jurídica não apresenta seus resultados somente como possibilidade sobre os fatos sociais. Mas também tem efeitos no universo legal, dado que a partir do momento que uma nova norma é editada também ganha existência e vigência, revogando assim todas a que com ela conflitam diretamente (TEMER, 2005, p. 23). No que tange as normas constitucionais isso significa que, estando na lei magna, elas regem todo o resto do ordenamento jurídico. Portanto, elas não podem ser contrariadas.

A separação destas duas dimensões, contudo, não pode ser vista como algo absoluto, pois, como se pode perceber, uma pressupõem a outra. Isto posto que mesmo não havendo efetividade social, a eficácia jurídica garante para a norma o mínimo de exigibilidade perante o Estado (BARROSO, 2009a, p. 378). Claro que, como demonstra

Bobbio (2008, p. 49–50), existem normas que são socialmente aceitas, porém não tem validade jurídica, assim como existem normas jurídicas que não gozam de efetividade. Ao se compreender que a eficácia jurídica é quem dá a norma poder de exigibilidade, entende-se que ela é quem autoriza o Estado, se acionado, a agir no campo fático para garantir a efetividade. Portanto é a eficácia jurídica que garante a exigibilidade da efetividade.

Por fim é observando as diferenças entre eficácia jurídica e social que se compreende que é fundamental para a efetivação dos Direitos Humanos garantir, mesmo que minimamente, sua eficácia normativa. Compreender como garantir eficácia é condição *sine qua non* para entender como garantir efetividade. É neste sentido que se direcionará o prosseguimento deste trabalho.

3.2 Eficácia jurídica e interpretação

Neste momento se tem por objetivo dar um passo na compreensão de como garantir a eficácia da norma jurídica, e para isso se incorrerá no papel que a interpretação tem em todo esse domínio.

Como ponto de partida será utilizado as considerações produzidas pelo Professor Ingo Wolfgang (SARLET, 2015). Este autor faz uma análise de toda a discussão sobre a eficácia das normas constitucionais, e se debruça mais especificamente sobre como se dá esta mesma dimensão normativa sobre os Direitos Fundamentais. Vale citar uma de suas conclusões para compreender seu trabalho:

Por essa razão, ao enfrentarmos a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, não há como desconsiderar **sua função precípua** (direito de defesa ou prestacional) nem a **forma de positivação** no texto constitucional, já que ambos os aspectos a toda evidência, constituem fatores intimamente vinculados com o grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, o que não significa que a forma de positivação, notadamente em **virtude da distinção entre texto e norma** (num mesmo texto de direito fundamental poderão ser extraídos várias normas de direito fundamental) possam servir de referencial único, nem mesmo preponderante, em várias situações, para o exame do problema da eficácia e da efetividade. (SARLET, 2015, p. 268–269, **grifos nossos**).

Neste fragmento pode-se extrair três modos que demarcam o grau de eficácia de uma norma de direito fundamental, sendo eles: (I) “a função precípua”; (II) “a forma de positivação”; (III) e “virtude da distinção entre texto e norma”. Não se quer aqui refazer a análise feita pelo autor em seu livro, contudo, para situar o leitor dentro da discussão do livro, vale explicar que quando se diz em forma de positivação o autor está retomando um debate que busca, através das formas de positivação, classificar os tipos de eficácia jurídica (SARLET, 2015, p. 266–267). Assim como quando se fala em função precípua Wolfgang está retomando uma diferenciação que ele faz de normas de defesa, protegendo o indivíduo frente ao Estado, e as de prestação, as quais o Estado deve prestar ao indivíduo (SARLET, 2015, p. 268).

Contudo o que se quer ressaltar neste momento é a consideração III que o autor faz, sendo esta sobre a “virtude da distinção entre texto e norma”, mesmo que o autor

não se demore muito neste ponto, passando pelo tema em raras passagens de seu livro. Contudo ela assume importância fundamental quando tratada neste trabalho, a justa questão da interpretação. Isso porque, lembrando Humberto Ávila (ÁVILA, 2005), é justamente a distinção entre texto e norma que confere o problema da interpretação ao dispositivo legal, colocando em cheque as análises de cunho positivista. Desta forma percebe-se que, indiretamente, a questão da interpretação do texto tem ligação com o grau de eficácia de uma norma. A própria citação traz em si o motivo, dado que ao afirmar que do mesmo texto várias normas de direito fundamental podem ser extraídas, se admite que cada uma delas tem um grau de eficácia diferenciado.

Todas estas considerações feitas até aqui ligam a questão da eficácia a toda questão hermenêutica trazida neste capítulo. Isso significa que as indagações sobre os valores e ideologias do intérprete recaem também sobre a eficácia da lei. Desta forma se conclui que resolver o problema da interpretação normativa não soluciona somente a aplicação da lei, mas também traz luz a questão da eficácia jurídica das normas.

4 | A CONSTITUIÇÃO ABERTA COMO SAÍDA HERMENÊUTICA

Para dar seguimento no que foi visto até aqui é preciso se ter em mente quatro pontos essenciais: (I) Os Direitos Humanos em sua formação detinham um caráter abstrato e quando positivados ficaram sujeitos a definição de um número restrito de indivíduos; (II) O grupo restrito de indivíduos que ficaram responsáveis pela interpretação passaram a utilizar da hermenêutica clássica como modo de justificar suas decisões e demonstrar uma espécie de imparcialidade e neutralidade; (III) a imparcialidade pretendida não foi alcançada, pois os métodos clássicos, na verdade, apenas escondiam a concentração de poder interpretativo em uma parcela da sociedade; por fim que (IV) Como a eficácia jurídica de uma norma está diretamente ligada a sua interpretação, e esta está concentrada em apenas um grupo social ela acaba sendo prejudicada.

Observando estes quatro pontos é notável que a concentração dos intérpretes da constituição restringe a possibilidade de definição do conteúdo abstrato das normas constitucionais. Isto porque como poucos podem imprimir seus valores sobre o texto, poucas serão as normas retiradas do processo interpretativo. Visto isso fica claro que ampliar o número de intérpretes da constituição terá como resultado um maior número de normas fundamentais. Desta forma mais provável será que os Direitos Humanos Fundamentais adquiram eficácia jurídica, e por consequência lógica eficácia social.

4.1 Sociedade Aberta dos intérpretes

Como já foi possível observar, a importância de ampliar o círculo dos intérpretes da constituição permite um entendimento mais completo da noção de Constituição Aberta.

Peter Häberle desenvolve sua compreensão partindo da observação de que até o momento os estudiosos sobre a interpretação mantinham seu foco nos métodos e os objetivos da interpretação normativa. Contudo ainda não se tinha desenvolvido um questionamento sobre quem seriam os participantes dessa interpretação (HÄBERLE, 2014, p. 27–28). Peter Häberle ao introduzir esse questionamento, além de apresentar uma nova faceta da hermenêuticas jurídica, acaba impondo um grave problema sobre todas as teorias da interpretação normativas anteriores. Isto porque como dito pelo autor “tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional” (HÄBERLE, 2014, p. 28). Desta forma ele involuntariamente acaba revelando que as teorias anteriores eram incapazes de contemplar a realidade das sociedades modernas. Dado que a hermenêutica jurídica ao não dar o devido destaque a questão do número de agentes da interpretação acabavam por não perceber a tese principal de Häberle, sendo a de que todos os que de alguma forma devem obedecer a uma norma também precisam interpretá-la.

Na tentativa de organizar quais seriam estes agentes que influenciam na interpretação normativa o autor demarca quatro tipos de participantes sendo eles: (1) Os agentes do Estado com poder vinculante, sendo ele passível de revisão ou não; (2) Os participantes do processo de decisão vinculante mas que não são necessariamente órgãos de Estado, como as Partes do processo, os Peritos, os Pareceristas ou os Terceiros Interessados; (3) A Opinião Pública expressa tanto pela Mídia, pelos Grupos de Pressão e pelos Movimentos Sociais; (4) Os Doutrinadores jurídicos e os Especialistas da área do Direito. (HÄBERLE, 2014, p. 31–32). É interessante notar que os grupos elencados pelo autor acabam por abranger toda a sociedade. Desta forma o autor demonstra que todas as ações desses agentes no andamento do processo influenciam a decisão final.

Mesmo que os agentes dos três últimos grupos tenham capacidade mais restrita, suas interpretações devem ser levadas em conta pelos agentes do primeiro grupo. Além disso, quanto menos restrita é a capacidade de influência desses quatro grupos na interpretação da Norma, mais plural e democrática ela será (HÄBERLE, 2014, p. 39–44).

4.2 Os verdadeiros intérpretes da constituição

Peter Häberle sem dúvida foi um dos primeiros a compreender a necessidade de se ampliar o número dos intérpretes da constituição. Contudo ele não foi o primeiro a reconhecer quem seriam aqueles que deveriam receber esta prerrogativa. De forma geral pode-se reconhecer que Ferdinand Lassalle (1825-1864) e Eugen Ehrlich (1862-1922) já haviam desenvolvido este trabalho muito tempo antes. De forma geral, mesmo que involuntariamente, pode-se desenvolver uma ligação entre o pensamento destes três autores. Isto porque eles de alguma forma compartilham uma dimensão sociológica ao trabalho jurídico, e mais que isso, parece haver dentro do trabalho de Peter Häberle uma capacidade de unir o pensamento de ambos os autores.

Ferdinand Lassalle em seu discurso “A Essencia da Constituição” (LASSALLE, 2015) consegue de forma muito sintética demonstrar como não basta para uma constituição se manter de pé que ela esteja positivada. A Carta Maior precisa estar de alguma forma fixada em Forças Reais de Poder, isto é nas forças sociais que determinam e mantêm as leis da forma que são (LASSALLE, 2015, p. 20). Um corpo legislativo jamais poderia fixar as leis de forma a contrariar os interesses dos diferentes grupos que compoem a sociedade. Isto porque se assim fosse feito, esta constuição não passaria de uma folha de papel em contraposição a uma Constituição Real. Se a perspectiva de Lassalle for levada para dentro do universo Hermeneutico se poderá compreender que a interpretação do texto legal também não poderia contrariar estas mesmas Forças Reais de Poder. Isto pois o juiz cria a Norma jurídica ao interpretar o texto legal, e este não pode contrariar os interesses dos diferentes grupos sociais.

Em contraposição a Lassalle, o sociólogo alemão Eugen Ehrlich demonstra, em seu livro “Fundamentos da sociologia do Direito” (EHRlich, 1986), que mesmo os sistemas de lei já positivados não são capazes de guardar de fato o Direito presente na sociedade. Eugen Ehrlich discute como seria impossível positivizar de forma completa o Direito. Isto posto que no mesmo instante que ele passa ser lei escrita novos dilemas surgem na sociedade, e portanto, são necessárias novas formas de resolver o conflito (EHRlich, 1986, p. 374–375). Essa rápida evolução das necessidades sociais geram uma espécie de Direito Vivo, que se apresenta em constante mudança e evolução (EHRlich, 1986, p. 373–388). A perspectiva de Ehrlich foi construída pensando no Direito Civil, mas ele pode facilmente ser transposto as normas de Direito Fundamental.

É visível, pela observação de suas obras, que os dois autores têm preocupações diferentes. Enquanto Lassalle está preocupado em entender como as constituições se forma e subsistem, Ehrlich busca compreender como o Direito muda pela mudança social. Contudo ambos concordam que o Direito necessita estar fixado de alguma forma nas relações sociais, assim como são as mudanças no interior da sociedade que levam a mudança legislativa. Contudo se observados os dois autores, a luz do Direito Constitucional e dos Direitos Fundamentais, nasce um grande problema. A Constituição, na qual reside os Direitos Fundamentais, deve estar sempre Fixado na dinâmica das forças sociais, porém quando esta está positivada para que sejam feitas mudanças é necessário fazer muito esforço (LASSALLE, 2015, p. 17). Entretanto as dinâmicas sociais permanecem em constante mudança (EHRlich, 1986, p. 375), Principalmente no que tange aos Direitos Fundamentais por terem um caráter abstrato. Como manter estas duas forças opostas sem que isso incorra em constantes revoluções ou em Novas Constituições? De um lado os juristas, ao interpretar o texto normativo, devem fazer de forma a respeitar as Forças Reais de Poder, contudo os Direitos Fundamentais e as dinamicas sociais exigem sempre a mudança nestas forças.

A hermenêutica clássica não consegue dar um fim a este problema pois ao negar

os valores do intérprete nega sua ação na manutenção do equilíbrio das Forças Reais de Poder, ao passo que negam sua responsabilidade de prestar contas as mudanças sociais constantes. Se este conflito latente ao trabalho interpretativo é negado então as normas perdem sua eficácia jurídica, pois o Estado não pode impor uma norma que não cabe na sociedade, pois se fizer isso perderá qualquer eficácia social. É neste sentido que Peter Häberle tem em sua noção de uma Constituição Aberta a chave para garantir a eficácia dos Direitos Fundamentais. Isto porque ele ao evoluir o trabalho interpretativo aos verdadeiros detentores, sendo eles a sociedade como um todo, garante que as visões das Forças Reais de Poder sejam contempladas em equilíbrio as mudanças sociais constantes. Peter Häberle conseguiu sintetizar e responder aos problemas levantados tanto por Ferdinand Lassalle e por Eugen Ehrlich sem se vincular expressamente a eles.

Observando estas noções apresentadas por Peter Haberle, pode-se entender por que mesmo esta concepção não sendo nova temporalmente ainda apresenta relevância. Neste sentido J.J Canotilho afirma que ao apresentar a ação de toda a sociedade como intérpretes da constituição é um esforço em desmontar concepções impositivas que certas teorias constitucionais ainda apresentam (CANOTILHO, 1994, p.96).

4.3 A Constituição Aberta e o *Amicus Curie* no Brasil

Agora que se conceituou o que seria a Constituição Aberta e se compreendeu melhor suas características principais se pode compreender de que forma ela já foi capaz de impactar o sistema jurídico brasileiro, e se ela se mostrou eficaz juridicamente e efetiva socialmente.

Neste sentido é de se ressaltar como a figura do *Amicus Curie* é dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro uma forma de aplicação do conceito de Constituição Aberta. Neste sentido vale ressaltar que a ligação entre este conceito e esse instituto não é nova, e já foi explorada em várias de suas facetas dentro da academia de Direito, por autores como Guilherme Pinho (RIBEIRO, 2017), Marcelo Pereira e Maria Clara (ALMEIDA; LIMA, 2018). Ademais não é somente no campo acadêmico que essa influência é sentida, mas também é com base nas conexões práticas entre o *Amicus Curie* e a Constituição Aberta que várias das decisões do Supremo Tribunal Federal já foram tomadas, como aponta o Ministro Gilmar Mendes (MENDES, [S.d.]).

O *Amicus Curie* pode ser definido como terceiros, não ligados diretamente ao caso, que intervém em um processo jurídico para darem seus pareceres e percepções sobre qual deveria ser sua futura resolução (RIBEIRO, 2017, p. 61–73). O que existe de inovador neste instituto é que estes terceiros são representantes da sociedade nas suas mais diferentes formas, sendo desde organizações políticas até Movimentos Sociais e entidades populares. Isto garante que o processo amplie a participação dos atores sociais dentro da tomada de decisões do poder jurídico, tornando-o mais democrático e abrangente. De forma geral ela acaba sendo uma maneira de garantir que a interpretação

legal feita pela sociedade civil atinja o resultado da hermenêutica constitucional.

Este mecanismo demonstra como o Conceito de Constituição Aberta se mostra uma saída para a eficácia dos Direitos Humanos. Isto porque ele integra dentro da análise dos processos múltiplas visões de como o texto normativo deve ser interpretado e depois aplicado. Portanto se ele for utilizado sobre os textos disciplinadores dos Direitos Fundamentais se terá como resultado uma capitação mais democrática, portanto mais completa, das Normas de Direitos Humanos. Facilitando assim que as múltiplas visões dos diversos atores sociais sejam contempladas.

Contudo vale observar que embora o *Amicus Curie* seja um dispositivo que dá um passo importante em direção a abertura da constituição, ele não deve ser confundido com a realização completa da própria Constituição Aberta. Isto porque este instituto ainda esta sujeito a interpretação do texto legal que o disciplina, e portanto depende da interpretação que se faz dele. Guilherme Pinho já demonstra em seu texto que embora tenha dentro de si toda a potencialidade aqui demonstrada, ela ainda aparece subutilizada pelos magistrados brasileiros, isso muito devido a sua pouca efetividade e de como seu “desenho normativo” foi feito (RIBEIRO, 2017, p. 178).

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma geral o conceito de Direitos Humanos enfrenta muitos problemas para que se alcance sua efetividade social. Dentre estes percalços o que este artigo buscou abordar é um problema de eficácia derivada de uma questão hermenêutica. Se buscou mostrar que tais Direitos foram baseados na corrente jusnaturalista, o que acabou levando-os a guardar em si um caráter de universalidade e abstratidade que dificultou sua positivação. Além disso as correntes juspositivistas, que dominaram grande parte do processo de interpretação (BARROSO, 2009a), acabavam por desconsiderar a função dos valores no processo hermenêutico. A estes dois fatores ainda deve-se somar a desconsideração do papel interpretativo que os atores sociais têm sobre o trabalho de compreensão e criação da Norma Jurídica. É deste estado de coisas que surge uma macula no processo hermenêutico e que dificulta - se não impede – a eficácia jurídica das Normas de Direitos Humanos.

Desta forma se buscou propor que o Conceito de Constituição Aberta seria uma alternativa para solucionar o estado de coisas anteriormente descrito. Isto porque ele guarda, em seu interior, um sentido democrático capaz de considerar o papel dos diversos atores sociais e de suas visões sobre as ideias abstratas protegidas pelos Direitos Humanos. Além disso a abertura da constituição não necessariamente está ligada a uma desconsideração da necessidade de positivação da norma em sua forma clássica, assim como ela não significa uma desconsideração de modos processuais ortodoxos. Uma das indicações disso é que o próprio instituto do *Amicus Curie* se mantém sendo um instituto

processual ortodoxo e opera uma democratização da interpretação jurídica.

APOIO NA PRODUÇÃO E PESQUISA

Programa institucional de Iniciação Científica PIVIC/Mackenzie

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Marcelo Pereira De; LIMA, Maria Clara Galacho Quaresma de Oliveira. A sociedade aberta de intérpretes da constituição proposta por Peter Häberle e uma possível concretização na figura do *amicus curiae* – necessária releitura do ensino jurídico diante da perspectiva de processo democrático. *Conhecimento & Diversidade*, v. 10, n. 20, p. 152, 2018.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos direitos Fundamentais*. 4 ed. ed. São Paulo: Malheiros editores LTDA, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed. ed. SAO PAULO - SP: Saraiva, 2009a.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. SAO PAULO - SP: ícone Editora Ltda, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Bauru: EDIPRO, 2008.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13. ed. Brasília: [s.n.], 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. 539 p. ISBN 9723200635
- EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7. ed. SAO PAULO - SP: [s.n.], 2005.
- HÄBERLE, Peter. Assunto Especial – Textos Clássicos Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição : Contribuição para Interpretação Pluralista e “ Procedimental ” da Constituição Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten , Ein. *Revista Direito Publico*, v. 11, n. 60, p. 25–50, 2014.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18° ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LISTE, Maria Eugenia Andrade. *OS PRINCÍPIOS COMO INSTRUMENTO HERMENÊUTICO EM BUSCA*. 2008. 132 f. Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2008.
- MENDES, Gilmar. *Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil*. . [S.l: s.n.], [S.d.]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 2006.

PEREIRA, RODOLFO VIANA. *COMPREENSÃO E CONSTITUIÇÃO A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL APÓS O GIRO HERMENÊUTICO*. 2001. 178 f. UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, 2001.

RIBEIRO, GUILHERME PINHO. *Amicus Curiae e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF): O aprimoramento da legitimidade democrática e plural das decisões*. 2017. 187 f. Universidade Estadual Paulista (unesp), 2017.

RICRE, Flávio; BRAGA FERREITA, Natália. *A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 60, p. 18, 2010.

RODRIGUES, Luiz Gustavo Friggi. *RESSIGNIFICAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA À LUZ DO PARADIGMA DA FUNÇÃO SOCIAL*. 2008. 128 f. Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. porto Alegre: livraria do advogado editora, 2015.

SILVA, José afonso Da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2º ed. São Paulo: RT, 1982.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermeneutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermeneutica da construção do Direito*. 8º ed. porto Alegre: livraria do advogado editora, 2009.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros editores LTDA, 2005.

WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. malheiros ed. SAO PAULO - SP: [s.n.], 2011.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: O TREM DOS TRILHOS ENFERRUJADOS E A SOLUÇÃO TÉCNICA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Data de aceite: 03/08/2020

Rubens Beçak

Universidade de São Paulo – USP

Rafaella Marineli Lopes

Universidade de São Paulo (FDRP/USP)

RESUMO: Os direitos fundamentais tão em voga após a redemocratização trazida pela Constituição Federal de 1988 são drasticamente violados pela inércia dos poderes e autoridades públicas. São inúmeras as omissões inconstitucionais sistemáticas que os vulneram grave e massivamente, gerando no Estado uma vasta falha de ordem estrutural que não pode ser restabelecida pelos remédios constitucionais até então previstos. O instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, originado na Colômbia e procedimentalmente inovador, vem tentar suprir essa falha e por ser um desdobramento ativista num Estado Democrático de Direito encontra discussões sobre sua legitimidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Estado de Coisas Inconstitucional. Separação de Poderes.

FUNDAMENTAL RIGHTS: THE TRAIN OF RUSTY RAILS AND THE TECHNICAL SOLUTION OF THE STATE OF THINGS UNCONSTITUTIONAL

ABSTRACT: The fundamental rights in vogue after the redemocratization brought by the Federal Constitution of 1988 are drastically violated by the inertia of public powers and authorities. There are countless systematic unconstitutional omissions that severely and massively affect them, creating a vast structural flaw in the State that cannot be restored by the constitutional remedies hitherto foreseen. The institute of the Unconstitutional State of Things, originated in Colombia and procedurally innovative, tries to make up for this flaw and because it is an activist development in a Democratic State of Law finds discussions about its legitimacy.

KEYWORDS: Fundamental rights. State of Things Unconstitutional. Separation of Powers.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo esmiuçar o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional ou, simplesmente, ECI, de

origem colombiana, aplicado em casos de graves e sistemáticas violações a direitos fundamentais que afetam um amplo número de indivíduos. Transportado para o Brasil na ADPF 347, de 2015, relacionada ao sistema carcerário, o mesmo encontrou apoiadores e também críticos que chegaram a tratá-lo como uma “arma letal” ao próprio STF.

O primeiro capítulo deve tratar da construção do Estado Democrático de Direito, perpassando pela universalização dos direitos humanos do pós-guerra até a redemocratização trazida pela Constituição Federal de 1988, evidenciando a ausência de remédios constitucionais capazes de controlar as omissões públicas causadoras de graves e massivas violações aos direitos fundamentais dos cidadãos.

O segundo capítulo abordará uma possível resposta encontrada pela Corte Constitucional Colombiana quando cenários de violação massiva dos direitos fundamentais naquele país tornaram-se irrefreáveis. Trata-se da breve apresentação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, cuja principal referência utilizada será a bibliografia do autor brasileiro Carlos Alexandre de Azevedo Campos.

O terceiro e último capítulo tratará da importação do ECI pelo Supremo Tribunal Federal, em 2015, relativa ao sistema carcerário. Sem a pretensão de abordar as minúcias da ADPF 347, de 2015, e as inúmeras mazelas do cárcere, o capítulo se restringirá a tratar do ECI como uma nova técnica dialógica institucional entre os Poderes, defendendo sua face diplomática em detrimento da “supremacia judicial” que lhe foi estigmatizada. Por fim, conclusões.

2 | REDEMOCRATIZAÇÃO E (IN) EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: EM QUE O CONSTITUINTE ERROU

As Cortes Constitucionais de diversos países, inclusive do Sul Global, tem se mostrado ativistas quando o assunto é a efetivação dos direitos fundamentais. A multiplicação, universalização e proteção desses direitos no período pós-guerra passou a ser a base das constituições democráticas modernas e parte de um “movimento histórico”¹ concatenado em três elementos essenciais: os direitos do homem, a democracia e a paz (BOBBIO, 1981, p. 5).

A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, fazendo emergir o que conhecemos hoje como Estado Democrático de Direito. A aplicação do direito constitucional sofreu grandes transformações² e as Cartas Constitucionais que antes funcionavam como declarações

1 Para Bobbio, existem três momentos necessários de um mesmo movimento histórico: os direitos do homem, a democracia e a paz. Sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.

2 Para Barroso, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do di-

políticas convidativas à atuação dos poderes públicos, agora, reconhecidamente, convertem-se em documentos com força normativa não mais sujeitos às liberdades do legislador ou à discricionariedade do administrador (BARROSO, 2013, p. 284).

Enquanto o marco de um novo direito constitucional na Europa Continental foi o constitucionalismo do pós-guerra, no Brasil foi a Constituição de 1988 e o seu protagonismo no processo de redemocratização (BARROSO, 2013, p. 267). Não só no Brasil a constituinte passa a ser uma promessa de grandes transformações sociais, mas em toda América Latina³ com seu histórico de inúmeras ondas ditatoriais e graves supressões de direitos.

O direito constitucional ressurgiu como um “símbolo de novas conquistas” capaz de “mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços”, ao que Barroso ousou chamar de “sentimento constitucional”. Sentimento esse questionável pelo autor, inclusive com relação à efetivação dos direitos fundamentais, pois segundo ele tratava-se de uma “mistificação”, um “instrumento de dominação ideológica” repleto de promessas que não seriam honradas, ao que qualificou como uma “insinceridade constitucional” (BARROSO, 2013, p. 241-269).

Os direitos fundamentais assumem a característica da multifuncionalidade, podendo ser classificados em dois grupos: os direitos de defesa (inclusos aqui os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, os direitos políticos e parte dos direitos sociais) e os direitos a prestações (normas programáticas, como por exemplo, os direitos sociais de caráter prestacional). Enquanto os primeiros exigem uma abstenção por parte do Estado, com feição de direitos subjetivos⁴, o segundo grupo exige um comportamento ativo, suscitando diversas dificuldades quando lhe é negada a aplicabilidade imediata e a plena eficácia⁵ (SARLET, 2012, p. 260).

A negação da aplicabilidade dos direitos fundamentais é infeliz e manifestamente manejada pelos detentores dos poderes legislativo e executivo, responsáveis pela concretização do núcleo prestacional de direitos. Nas palavras de Canotilho, bastam serem acionadas as tradicionais “reservas” - ora de lei, ora do possível - precipuamente em termos econômicos e financeiros, ficando o legislador e todos os órgãos responsáveis pela concretização do direito silentes (...) afinal, a direção dos direitos sociais constitucionalmente garantidos fica neutralizada pelas omissões legislativas e executivas

reito constitucional: a) o reconhecimento da força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. In: Curso de Direito Constitucional. Luis Roberto Barroso.

3 O Brasil promulga a sua Carta Constitucional, em 1988, a Colômbia, em 1991, a Argentina, em 1994, a Venezuela, em 1999, o Equador, em 2008, a Bolívia, em 2009 e o México, em 2011.

4 Uma das formulações mais relevantes do direito constitucional contemporâneo refere-se à constatação de uma dupla perspectiva dos direitos fundamentais. A primeira, denominada dimensão subjetiva, relaciona o indivíduo como titular de direito, inclusive do direito de liberdade em relação ao Estado. Já a dimensão objetiva refere-se ao conjunto de princípios e valores que demandam a proteção do Estado aos direitos fundamentais. In: SARLET, I.W. (s.d.). *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 157.

5 [...] não há como dissociar, por outro lado, a noção de eficácia jurídica da aplicabilidade das normas jurídicas, na medida em que a eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a consequente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes.

(CANOTILHO, 2008, p. 266).

Não sendo pura e simplesmente a falta de uma norma regulamentadora do direito, a omissão legislativa resulta da concatenação de alguns pressupostos⁶ e pode ser conceituada como a inércia intencional do legislador ao descumprir um dever constitucional de legislar por um período de tempo razoável, ocasionando o que a doutrina denomina de “efeito objetivo da violação da Constituição”⁷ (SEGADO, 2009, p. 36-38).

Como bem é sabido, o Legislativo atravança inúmeras realizações dos direitos fundamentais com sua inércia inconstitucional, ora pela ausência de proposições legislativas, deixando de lado o processo legislativo, ora pela *inertia deliberandi*, na qual apesar de deflagrado o processo legislativo, resta ausente a discussão e a votação da norma regulamentadora. Ainda, a inércia se caracteriza por uma atuação parcial quando o ato legislativo atende apenas em parte ou de modo insuficiente o mandamento constitucional.

A falência prática dos comandos constitucionais não decorre exclusivamente da mora ou ausência legislativa, mas pela sistemática descoordenação entre os poderes, órgãos e entidades públicas responsáveis pela concretização dos direitos fundamentais, cuja dissociação ocasiona bloqueios institucionais que não são solucionados com os remédios constitucionais até então previstos, nem com a imposição de ordens direcionadas a um único órgão ou a um único poder.

A solução é muito mais complexa, pois a omissão da qual pretendemos tratar a seguir atinge uma minoria vulnerável, estigmatizada pela total ausência do poder público, cuja conseqüência é a grave e sistemática violação dos seus direitos fundamentais pela deficiência dos ciclos de formação e execução de políticas públicas. Decorrente da falta de medidas administrativas, legislativas e orçamentárias, essa violação cíclica de tais direitos ocasiona uma enorme falha estrutural, cuja correção requer uma técnica coordenada entre todos os poderes públicos, órgãos e entidades, a ser adiante apresentada.

3 | A TÉCNICA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (OU SIMPLEMENTE ECI)

Originária da Colômbia, na Sentença de Unificação 559, de 1997, a técnica do Estado de Coisas Inconstitucional ou, simplesmente, ECI, foi declarada pela primeira vez

⁶ Para Segado, há um conjunto de quatro pressupostos caracterizadores da omissão legislativa: primeiro, há o descumprimento do dever constitucional de legislar, segundo, há o transcurso de tempo razoável, terceiro, há o efeito objetivo de violação da Constituição e, quarto e último, a intencionalidade do legislador. In: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Control de Constitucionalidad de las Omissiones Legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. Estudios Constitucionales*, Ano 7, Nº 2, 2009, p. 36-38.

⁷ Segundo Fernández Segado, “a omissão legislativa, ainda sendo um comportamento passivo, está longe de ser neutro em suas conseqüências, propiciando efeitos de dispar natureza que tem como comum denominador a violação objetiva da Norma Suprema. (...) A inconstitucionalidade aparece, pois, como a resultante de diferentes pressupostos estritamente interconectados” In: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Control de Constitucionalidad de las Omissiones Legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. Estudios Constitucionales*, Ano 7, Nº 2, 2009, p. 36-38.

pela Corte Constitucional daquele país quando professores dos Municípios de *María La Baja* e *Zambrano* tiveram seus direitos previdenciários negados pelas autoridades locais. A Corte então reconheceu que no caso dos docentes ocorreu uma grave falha estrutural gerada pela omissão normativa e executiva, vindo a declarar o ECI e determinando prazo e medidas a serem tomadas pelos demais poderes para correção da inconstitucionalidade, ordenando ainda providências aos órgãos e entidades públicas envolvidas na questão.⁸

A jurisprudência colombiana evoluiu para aplicar o instituto em diversas situações, tais como na *Sentencia T-068*, sobre os direitos previdenciários negados aos aposentados e pensionistas que demandavam contra a Caixa Nacional de Previdência⁹, ou na *Sentencia T-590*, de 1998, sobre a falta de proteção estatal aos defensores de direitos humanos¹⁰, ou ainda, na *Sentencia T-025*, de 2004¹¹, no caso mais grave de violação de direitos

8 *Sentencia de Unificación – nºSU-59, de 6 de novembro de 1997*. A Corte Constitucional Colombiana determinou o “dever de colaboração” entre os Poderes, e sua decisão não se limitou às partes do processo, partindo da premissa de que a situação estrutural lesava de maneira permanente o exercício do direito fundamental de um número amplo e indeterminado de pessoas que não instauraram a demanda. Assim, a Corte determinou: 1) declaração do ECI; 2) que os Municípios que se encontrassem em situação similar corrigissem a inconstitucionalidade em prazo razoável, 3) o envio de cópias da sentença a diversas autoridades públicas para providências.

9 *Sentencia T – 068, de 5 de março de 1998* – A Corte Constitucional Colombiana proferiu um conjunto de decisões que atingiu um conjunto de instituições determinando que: 1) a declaração do ECI; 2) que a Caixa Nacional da Previdência resolvesse o direito de fundo dos demandantes em 48 horas; 3) que a ação fosse comunicada a diversas autoridades públicas, 4) a comunicação da decisão ao Procurador Geral da Nação e ao Controlador-Geral da República para que vigiassem o cumprimento da sentença e o exercício diligente e eficiente das respostas pela Caixa Nacional de Previdência às petições de aposentados e pensionistas; 5) comunicação ao Defensor do Povo para velar pelo respeito aos direitos humanos dos aposentados e pensionistas, devendo informações sobre a situação à Corte Constitucional.

10 *Sentencia T -590, de 1998*. A falta de proteção estatal aos defensores de direitos humanos motivou a declaração do ECI, tendo a Corte: 1) feito um chamado à prevenção a todas as autoridades da República para que cessasse a situação inconstitucional; 2) solicitado ao Procurador Geral da Nação e ao Defensor do Povo para que dessem especial proteção à vida dos defensores dos direitos humanos; 3) feito um chamado à prevenção a todos os habitantes da Colômbia para que defendessem e difundissem os direitos humanos como fundamento de convivência pacífica, 4) determinado a comunicação da sentença ao Presidente da República e à Alta Comissária para defesa dos direitos humanos da ONU na Colômbia, bem como a outras autoridades públicas competentes.

11 *Sentencia T – 025, de 2004*. A Corte Constitucional Colombiana expediu nesse caso a decisão mais completa que conduziu à declaração do ECI, e o mais complexo conjunto de ordens dirigido à superação desse estado: 1) declaração do ECI; 2) Comunicação ao Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela violência a declaração do ECI para que este formulasse a implementasse um plano de ação; 3) comunicação ao Ministro do Interior e da Justiça que intercedesse a Governadores e Prefeitos para que adotassem decisões coerentes com o plano nacional de atenção à população deslocada, bem como que oportunizassem a participação nos processos decisórios das organizações e entidades representativas da população deslocada, devendo comunicar essas decisões ao Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência até 31 de março de 2004; 4) ordenar ao Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência que adotasse o programa de ação com cronograma preciso de forma a superar as deficiências de capacidade institucional denunciadas na sentença, devendo cumprir todas as metas, assegurando às pessoas deslocadas o gozo efetivo do mínimo de proteção de seus direitos, no prazo máximo de seis meses; 5) comunicar aos Ministros da Fazenda e Crédito Público e das Relações Exteriores, assim como ao Diretor Nacional de Planejamento, acerca do prazo para cumprimento das metas; 6) prevenir a todas as autoridades nacionais e territoriais para que prestassem auxílio e atenção à população deslocada independentemente de ordens judiciais por meio de tutelas; 7) ordenar às entidades governamentais envolvidas que instruissem as pessoas deslocadas, de maneira imediata, clara e específica acerca de seus direitos básicos; 8) determinar que as entidades governamentais examinassem e decidissem, de forma fundamentada e dentro do prazo máximo de quinze dias, os pedidos de ajuda para moradia e restabelecimento socioeconômico; 9) ordenar à *Red de Solidariad* que, no prazo máximo de oito dias, avalie a situação objetiva das pessoas deslocadas demandantes nesta Sentencia e dê-lhes acesso imediato às ajudas humanitárias previstas e a orientação adequada acerca do acesso aos programas de auxílio de saúde, medicamentos, educação para menores, moradia e restabelecimento econômico; 10) comunicar a decisão ao Procurador-Geral da Nação e ao Defensor do Povo para que acompanhassem ao cumprimento da decisão.

humanos enfrentado pela Corte no deslocamento forçado de pessoas em decorrência do contexto de violência promovida pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 50-52).

Na Corte Constitucional Colombiana, a declaração do ECI sempre acompanhou a violação de direitos fundamentais, sociais e econômicos, como se pode perceber pelas sentenças emitidas. Assuntos que tradicionalmente eram decididos por meios políticos e próprios de uma política democrática, começam a ser amparados pelos juízes constitucionais ou são fortemente condicionados por decisões judiciais. Essa dinâmica política foi intensificada após ocorrerem mudanças no cenário político com a promulgação da Constituição de 1991, que intensificou o Poder Judiciário e a sua independência (UPRIMNY, 2007, p. 52-67).

Foi na *Sentencia T-025, de 2004*, que os pressupostos autorizadores da aplicação da técnica do ECI foram elencados, cuja concatenação dos mesmos acaba por gerar um conceito do que é o próprio estado de coisas. Objetivas e racionais, evitando assim uma aplicação judicial discricionária, as hipóteses de declaração do ECI foram assim definidas:

“Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: i) la vulneración masiva y generalizada de vários derechos constitucionales que afecta a um número significativo de personas; ii) La prolongada omisión de las autoridades em el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho calculado; iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; v) la existencia de um problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de um conjunto complejo y coordinado de acciones y exige um nível de recursos que demanda um esfuerzo presupuestal adicional importante; vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieren a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría uma maior congestión judicial.¹²

Em que pese a Corte elencar seis pressupostos autorizadores para aplicação da técnica, a doutrina brasileira elenca didaticamente quatro requisitos, suficientes para caracterizar o ECI. Em primeiro lugar, deve-se verificar a violação massiva e generalizada de direitos fundamentais atingindo um número amplo de indivíduos. Em segundo, a omissão pública deve ser reiterada e persistente, de modo a se perpetuar no tempo sem uma resposta efetiva. A omissão generalizada dos poderes, autoridades e órgãos e os consequentes bloqueios institucionais devem ocasionar uma falha estrutural gerando, por fim, o risco do Judiciário ser assolado com inúmeras ações relativas a essa vulneração (CAMPOS, 2016, p. 180).

Tratados os pressupostos, o estado de coisas inconstitucional pode ser definido como uma técnica de decisão aplicada pela corte e juízes constitucionais em situações de graves falhas estruturais do Estado que violam severa e sistematicamente os direitos fundamentais de um amplo número de indivíduos, restando declarada a absoluta

12 Trecho extraído da *Sentencia T-025, de 2004*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em 4 de Janeiro de 2019, 10h51min.

contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, o que motiva a corte e os juízes constitucionais a expedirem ordens estruturais a um amplo conjunto de órgãos e autoridades para que formulem, implementem e executem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional (CAMPOS, 2016, p. 21).

Pode ainda ser qualificado como um “mecanismo jurídico” utilizado pelo juiz constitucional atento às falências estruturais que repercutem sobre os direitos fundamentais, indo além da resolução de casos particulares, assumindo a figura de um “agente de transformação social”, cumprindo o papel constitucional de “garantidor” da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, superando as violações destes por meio de decisões que exijam a atuação coordenada e dialógica entre as autoridades e poderes públicos (HERNÁNDEZ, 2003, p. 227-228).

A principal preocupação da doutrina relativa ao ECI talvez seja em saber qual o alcance real do instituto na efetivação dos direitos fundamentais após sua declaração e a emanção de ordens pelas Cortes Judiciais. Essas ações seriam apenas um primeiro passo de um ativismo judicial estrutural¹³ eficiente.

Para César Rodríguez Garavito, autor colombiano expoente na temática, a visão pouco concreta das decisões estruturais sobre as fases de implementação e monitoramento das políticas públicas enfraquece o instituto, pois perde de vista a visão realista da amplitude dos efeitos da decisão. Para o autor, o ECI exige uma visão construtivista, que depende da construção do Direito e da Sociedade como um todo, não se fazendo exigências apenas aos poderes públicos e autoridades, mas também à sociedade, exigindo a participação civil e a formação de opinião pública sobre as falências estruturais do Estado (GARAVITO, 2009, p. 448).

As transformações sociais por meio de sentenças estruturais¹⁴ podem ser alcançadas sim, porém desde que existente um processo aberto e participativo na fase de implementação das medidas emanadas judicialmente juntamente com o monitoramento pelas Cortes da execução de suas ordens, devendo ser estabelecidos critérios de superação do ECI (GARAVITO, 2009, p. 449). A Corte Constitucional poderá, por exemplo, criar comissões específicas, com o auxílio de especialistas, exigir relatórios periódicos, audiências públicas e até mesmo procedimentos para o acompanhamento nas fases de implementação e monitoramento das políticas públicas.

Em suma, o ECI é uma técnica legítima de atuação judicial das Cortes Constitucionais em busca da proteção e efetivação dos mandamentos constitucionais quando se está diante de um grupo vulnerável que tem seus direitos fundamentais grave e sistematicamente

13 “O ECI é exemplo destacado de ativismo judicial. O autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos destaca, dentro de outras dimensões por ele apontadas, a dimensão estrutural do instituto que, segundo ele, “é a interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando espaços tradicionais de atuação deles”.

14 Ou “structural injunctions”, termo cunhado pela primeira vez pelo Professor Owen Fiss, determinam reforma estrutural em larga escala na busca da efetivação dos direitos fundamentais podendo ter múltiplos alcances legislativos, administrativos ou orçamentários. FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

violados pela completa e reiterada inércia dos poderes e autoridades públicas.

Os seus efeitos estão para além da mera declaração ou da emanação de ordens por meio de uma sentença estrutural. A Corte Constitucional ou o Tribunal que o aplique deve se preocupar, sobretudo, com as fases posteriores à declaração, quais sejam a de implementação e monitoramento das políticas públicas, pois isso é o que definirá, de fato, o sucesso ou não da aplicação do instituto.

Sua aplicação consiste em um tipo de judicialização em que a máxima instância do Judiciário passa a emitir ordens aos demais poderes a fim de que os mesmos saiam da cômoda inércia e possam dialogar conjuntamente para solucionar (ou tentar solucionar) a falha estrutural instalada.

4 | CRÍTICAS E A PROPOSTA DIALÓGICA RELACIONADAS À TÉCNICA DO ECI

O grande problema das constituições modernas foi que os reformistas se preocuparam em criar novos direitos constitucionais, mas deixaram de lado a organização dos poderes responsáveis pela sua efetividade. Modificar a letra constitucional para proteção social e alavanque dos direitos fundamentais não foi suficiente. Preservou-se uma organização de poderes arcaica e elitista do século XIX, denominada por Gargarella como uma “sala de máquinas” da Constituição, engrenagem responsável por todo movimento constitucional, mas que, paradoxalmente, rejeita os ideais sócio-democráticos das novas constituições (GARGARELLA, 2006, p.15).

Assim, se de um lado temos impressos mandamentos constitucionais elucidando o comprometimento social, de outro se consolidou uma organização político-institucional anacrônica impedindo a prática dos direitos constitucionais e o empoderamento popular que tanto se busca. Essa transição bem pouco sucedida ao neoconstitucionalismo, a pouca efetividade dos direitos fundamentais, o desencanto com a política, a corrupção da máquina pública e o interesse dos autores políticos em despolitizar temas sensíveis são alguns dos fatores que alimentam intervenções judiciais em determinados assuntos. (UPRIMNY, 2007, p.52-59).

Para Barroso, a judicialização¹⁵ conta com três causas principais: a redemocratização, fortalecedora do Judiciário e que aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira, a constitucionalização abrangente, trazendo para a Constituição matérias antes resolvidas pelo processo político e pela legislação ordinária e, por fim, o sistema brasileiro de

15 Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria. In: BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 12 de Abril de 2019.

controle de constitucionalidade, que permite que qualquer questão política ou moralmente relevante seja alçada no STF por inúmeros legitimados (BARROSO, 2012, p. 4).

Fator de risco ou não, para uns a busca judicial pela resolução de assuntos que a seara política não se presta a resolver tem lá suas virtudes. Permite, pois, evitar abusos políticos e das maiorias contra as minorias, viabiliza o desencadeamento de processos de transformação política, autoriza o juiz constitucional a cumprir com seu papel democrático e pode até funcionar como um mecanismo de mobilização social, uma vez que empodera certos grupos sociais, facilitando ações sociais e políticas. (UPRIMNY, 2007, p.60).

Por outro lado, há quem diga ser ilegítimo o ativismo das Cortes, uma vez que os juízes não são eleitos democraticamente para revisarem decisões de cunho político que devem ser tomadas pelos representantes eleitos, o que fere, em tese, a Separação de Poderes. Há autores que defendem, nesse sentido, a superioridade do Legislativo para interpretar a Constituição, restando para a Corte o papel residual quando houver erro manifesto do legislador¹⁶ (THAYER, 1893, p. 155-156).

Waldron afirma a prejudicialidade na tomada de decisões finais pela Corte em uma sociedade democrática, cabendo ao legislador a função de dizer o direito (WALDRON, 1993, p.32). Kramer, numa vertente mais radical, propõe o fim da própria revisão judicial, defendendo a ideologia de “constitucionalismo popular” e de ser o povo o titular da palavra final sobre os significados constitucionais. (KRAMER, 2001, p. 160)

Levando em consideração as virtudes e os riscos da judicialização, cabe aqui defender o ECI como uma forma de ativismo judicial estrutural ponderada, pois uma vez declarado, a Corte passa a interferir no ciclo de políticas públicas inexistentes ou deficientes, atuando em esferas próprias do Executivo e do Legislativo sem que o juiz constitucional, contudo, tome para si a capacidade técnica para detalhar as políticas públicas.

Compete à Corte o papel de catalisar a efetivação dos direitos por meio da emissão de ordens direcionadas aos demais poderes e autoridades, a formulação de normas e ações administrativas, o redirecionamento de recursos orçamentários, o monitoramento e a implementação das políticas públicas e o controle dos resultados das ordens emanadas. (MACHADO; VILLALOBOS, 2014, p. 95)

Declarado somente na presença de pressupostos objetivos autorizadores, cumpre repetir que a técnica do ECI é aplicada em casos de avançadas e sistemáticas omissões inconstitucionais em que os direitos fundamentais são gravemente violados atingindo um número amplo de indivíduos pela inércia dos poderes e ausência de políticas públicas. A solução, diante das omissões públicas cíclicas e reiteradas, é a intervenção judicial de forma estruturada visando a ordenação dialógica entre os poderes para a real concretude das premissas constitucionais, tendo em vista não existir um único poder responsável pela enorme falha estrutural que se instala.

16 Essa ideia é a interpretação feita por Thayer, denominada “deferência” ou “autorrestrrição judicial”.

O ECI é uma proposta de construção dialógica para uma proteção mais eficaz dos direitos fundamentais. Juízes e Cortes, apesar de não deterem a palavra final sobre o significado de uma Constituição, devem sim garantir a efetividade do seu conteúdo. E é justamente essa a proposta do ECI, buscando, por meio de um processo dialógico entre os poderes e autoridades públicas a construção coordenada de uma rede de mecanismos que consigam efetivar as promessas constitucionais.

A técnica traz uma proposta equilibrada entre constitucionalismo e democracia, possibilitando que sejam feitas correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, tendo por base o diálogo (CAMPOS, 2016, p. 248). Dialógica essa criticada pelo saudoso Teori Zavaski, que via essa tratativa entre STF e Congresso como um “monólogo institucional”, em que o Supremo “exortaria o Congresso a legislar em determinado sentido, num certo prazo. (...)”, o que, para o Ministro, era incompatível com os modelos constitucionais de solução de omissão ou insuficiência da atividade legislativa.¹⁷

A proposta dialógica inserida no ECI, contudo, busca uma aproximação entre os poderes para suprir, justamente, as falhas de comunicação entre eles existentes. Seu efeito é desbloqueador, pois rompe o “equilíbrio institucional perverso que bloqueia o funcionamento da democracia e o cumprimento dos direitos (...) estremecendo e abrindo instituições públicas que tem tido falhas crônicas no cumprimento de suas obrigações e que se mostram impermeáveis aos mecanismos usuais de responsabilidade política” (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 50).

A declaração desta técnica busca, sobretudo, a superação dos bloqueios políticos que se dão ora pela falta de vontade política e de interesse em proteger os direitos de minoria, ora pela legislação ineficiente ou inexistente, o que resulta em um completo fracasso político.

5 | CONCLUSÃO

As falhas estruturais que se instalaram após a redemocratização trazida pela Constituição de 1988 não são eficientemente sanadas pelos remédios constitucionais existentes. O legislador, como bem disse Gargarella, preocupou-se, erroneamente, em trazer os direitos sem prever ou efetuar mudanças nos mecanismos existentes responsivos pela efetivação dos mesmos.

Como um trem-bala colocado em trilhos enferrujados, os direitos estão dependentes de mecanismos de efetividade que não conseguem mais operar. Diante do caos e da desordem e de um total “estado de coisas inconstitucional”, não há dúvidas sobre a

17 Voto do Min. Teori Zavaski na ADI 4650, que questionava as formas de financiamento privado de campanhas. Disponível em: stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4650%2ENU-ME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4650%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pyskmyv. Acesso em: 29 de Setembro de 2019.

legitimidade do STF para emitir decisões que superem os bloqueios políticos e institucionais existentes, retirando os demais poderes da inércia, catalisando novas políticas públicas e coordenando as ações das autoridades, além de monitorar os resultados.

A declaração da técnica do ECI não é ilegítima quando o cenário das omissões inconstitucionais é reiterado, perpetuando a grave inefetividade de direitos de grupos vulneráveis. Amparado na existência de todos os pressupostos objetivos necessários à sua declaração, o ECI pode ser aplicado quando presente uma violação grave, massiva e sistemática de direitos fundamentais em que um amplo número de pessoas são atingidas em decorrência da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas, havendo assim a real necessidade de medidas que superem esse estado de coisas e mitiguem a potencialidade de inúmeras demandas congestionarem ainda mais o Judiciário.

A frente de parâmetros objetivos muito bem definidos, a judicialização na busca da real eficácia dos direitos fundamentais pode ocorrer de forma equilibrada, ficando a cargo dos juízes constitucionais assumirem o diálogo institucional entre os demais poderes e autoridades, a fim de que novas políticas públicas sejam implementadas, ou então sejam amplificadas e melhoradas as já existentes. Cabe à Corte tomar para si o papel de agente de “transformador social” quando tal competência lhe é uma garantia constitucional e quando ninguém mais o faz.

REFERÊNCIAS

ARIZA, Libardo José. The economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. (2015). A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Coord.) **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense.

BOBBIO, Norberto (1981). **Presente y porvenir de los derechos humanos**. Anuário de Derechos Humanos. Vol. 1. . Madrid: Universidad Complutense.

BONAVIDES, Paulo (2004). **Jurisição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Revista Estudos Avançados nº51. São Paulos: USP/ Instituto de Estudos Avançados.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. (2011). **Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional**. Direito Público Ano VIII, nº 42.

_____ (2014). **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense.

_____ (2016). **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Jus Podium.

CANOTILHO, José Joaquim G. (2001). **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora.

CHAYES, Abram. **The Role of the Judge in Public Law Litigation**. Harvard Law Review. Vol 89 (7), 1976, p. 1281-1316.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. Op.cit, p. 57-63

GARGARELLA, Roberto, DOMINGO, Pilar, & ROUX, Theunis. **Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?** Aldershot: Ashgate, 2006.

HERNANDÉZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales** Año 1, N° 1. Universidad de Talca, Chile, 2003.

NEDEL, José. **A Teoria Ético-Política de John Rawls**. Porto Alegre: EDPUCRS, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2003.

POGREBINSCHI, Thammy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). **Más allá del desplazamiento. Políticas, Derechos y Superación del desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César, & RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. (s.d.). **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transforma el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.

SANCLEMENTE MACHADO, Daniela; LASPRILLA VILLALOBOS, Carlos José. **El Juez de Tutela como Arquitecto del Estado Social de Derecho**. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: **Arquivos de Direitos Humanos** Vol. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A Judicialização Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**. Vol. 6, 2007.

GLOBALIZAÇÃO E CIDADANIA: A EFETIVIDADE DA IDENTIDADE DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 01/05/2020

Cassiane de Melo Fernandes

Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP

Ribeirão Preto-SP

<http://lattes.cnpq.br/4338400517652873>

Renata Aparecida Follone

Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP

Ribeirão Preto-SP

<http://lattes.cnpq.br/8477584847303462>

<https://orcid.org/0000-0002-3470-3615>

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo de pesquisa a análise do termo refugiados ambientais em conjunto com a verificação da rapidez que ocorre o fenômeno da globalização e, diante disso, averiguar a mudança climática que ocorre e a análise crítica da identidade dos refugiados ambientais. Nas pesquisas realizadas e disponíveis no site do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), verificou-se o índice de solicitação de refúgio, devendo com esse resultado realizar uma reflexão sobre o tema proposto perante a importância do reconhecimento aos refugiados ambientais que

eles merecem, além da aplicação dos direitos humanos. De acordo com esse termo, ainda sem uma definição concisa, encontra-se no Brasil a situação dos Haitianos e suas situações devido ao terremoto ocorrido em 2010. Portanto, além da preocupação quanto aos refugiados ambientais e seu reconhecimento, está intrínseco o meio ambiente perante os efeitos da globalização e sua aceleração quanto às grandes tecnologias e países desenvolvidos, deixando de lado princípios ambientais, como o da prevenção, para que se diminua a ocorrência de refugiados ambientais os quais perdem completamente suas identidades.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Cidadania. Refugiados ambientais. Meio ambiente. Visto humanitário.

GLOBALIZATION AND CITIZENSHIP: THE EFFECTIVENESS FOR THE IDENTITY OF ENVIRONMENTAL REFUGEES

ABSTRACT: The present research is based on the analysis of the term environmental refugees together with the verification of the rapidity that globalization occurs and, on the basis of this, to investigate the climatic change that occurs and the critical analysis of the identity of environmental refugees. In the surveys carried

out and available on the website of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), the refugee request index was verified, with this result to reflect on the proposed theme in view of the importance of recognition to environmental refugees who They deserve, in addition to the application of human rights. According to this term, the situation of the Haitians and their situations due to the earthquake occurred in 2010 is still without a concise definition. Therefore, besides the concern about environmental refugees and their recognition, the environment is intrinsic to To the effects of globalization and its acceleration of major technologies and developed countries, leaving aside environmental principles such as prevention to reduce the occurrence of environmental refugees who completely lose their identities.

KEYWORDS: Globalization. Citizenship. Environmental refugees. Environment. Humanitarian Visa.

1 | INTRODUÇÃO

Diante da globalização mundial, onde a maioria dos países se preocupa com seus desenvolvimentos, tecnologias e o giro do capital, bem como influências políticas, esquecem-se do meio ambiente e sua preocupação com a preservação não na atualidade apenas, mas para as futuras gerações, sendo este, um princípio do direito ambiental. Além do que, por ser princípio ambiental, é tido como respeito ético a toda sociedade.

Com a incoerência da preocupação do meio ambiente, inevitáveis catástrofes e desastres ecológicos de inúmeras formas inimagináveis, os quais ocorre o fenômeno de migrações ambientais, uma triste realidade em que muitas pessoas (sobre)vivem.

Assim, com as alterações climáticas cada vez mais frequentes tendo em vista a globalização mais presente na vida dos países, é provocada por ações do Homem de maneira exacerbada e acelerada. Deve(ria) ao mesmo passo ocorrer a preocupação com essas pessoas que perdem toda vida construída por conta de ações humanas, transformando em sociedade de risco as vítimas de catástrofes ambientais.

Apesar da ocorrência de migração e da existência de refugiados ambientais, não há um conceito claro e preciso desse termo tão importante na esfera internacional e nacional, e de abrangência ambiental são, ora tratados como deslocados, ora tratados como refugiados ambientais.

É de extrema importância o estudo e a reflexão do tema proposto, inclusive por conta do Brasil existir haitianos que vivem sobre essa situação, com dispositivos jurídicos que tratam sobre o tema refugiados e estrangeiros, bem como a aplicação dos Direitos humanos e a possibilidade desses haitianos retirarem vistos humanitários no Brasil, legalizando a permanência dessas pessoas que viram suas vidas sendo desaparecidas.

2 | O TERMO REFUGIADOS: SUA INTERPRETAÇÃO E SEU CONCEITO

Importante destacar antes de adentrar ao tema proposto, entender sobre o conceito de refugiados. Suas primeiras aparições vieram por conta da Primeira Guerra Mundial e, de acordo com doutrinador Bueno (2012), na Revolução Bolchevique em 1917, onde pessoas eram obrigadas a se esconder em território Russo, tendo em vista a perseguição que estavam sofrendo.

Nesse mesmo período, a Europa estava diante de crises econômicas, políticas e sociais, ainda mais por conta do surgimento de novos Estados, a desordem de uma política eficiente para todos e com regras a serem cumpridas, porém com certa desordem, pois não havia regramentos claros quanto à imigração.

Assim, em 1921 surgiu o Conselho da Liga das Nações, que consistia em uma organização internacional visando à paz, possuindo o Alto Comissariado para Refugiados Russos (ACRR), com o objetivo de auxiliar os refugiados russos. (Cf. Bueno, 2012)

Porém, foi na Segunda Guerra Mundial que o termo refugiado teve maior destaque, por conta dos regimes totalitários. Perante as atrocidades ocorridas, em 1943 surge a Administração das Nações Unidas para o Auxílio e o Restabelecimento (ANUAR), com objetivo de amparar os refugiados e, principalmente, com o intuito de protegê-los de alguma forma.

Na pós-Segunda Guerra com praticamente toda a Europa destruída, encontrava-se nas piores condições humanas existentes, pessoas desabrigadas, e milhões de pessoas mortas, feridos, órfãos, deslocados e refugiados.

Com o cenário além do que se pode dizer estar em crise, em 1945, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), cuja função é a busca de promover paz, segurança internacional, a existência e respeito aos direitos humanos e à dignidade das pessoas, de acordo com o Preâmbulo da Carta das Nações Unidas. (Carta das Nações Unidas, 1945)

Além disso, em 1950 houve o surgimento do Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para os refugiados (ACNUR). Em 1951, ocorreu uma Convenção relativa ao estatuto mencionado na Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas, firmou-se então a Convenção de 1951 e após, com o surgimento de situações diversas ao que se havia entendido na Convenção de 1951, criou-se o Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados, ficando conhecido como Protocolo de 1967. (Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado, p.6).

De acordo com o Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiados, disponível no site da ACNUR,

A Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 contêm três tipos de disposições:

(i) Disposições que contêm uma definição básica de quem é (e de quem não é) um refugiado e de quem, tendo sido refugiado, deixou de sê-lo. A análise e interpretação destas disposições constituem o corpo principal do presente Manual, o qual se destina a

quem está incumbido de proceder à determinação da condição de refugiado.

(ii) Disposições que definem o estatuto jurídico dos refugiados e os seus direitos e obrigações no país de refúgio. Ainda que estas disposições não tenham influência no processo de reconhecimento da condição de refugiado, as autoridades envolvidas nesse processo devem conhecê-las, já que as decisões a tomar poderão ter consequências importantes para o interessado e sua respectiva família.

(iii) Outras disposições referentes à aplicação dos instrumentos sob o ponto de vista administrativo e diplomático. O artigo 35 da Convenção de 1951 e o artigo 11 do Protocolo de 1967 estabelecem o compromisso dos Estados Contratantes de cooperar com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados no exercício das suas funções e, em particular, de facilitar a sua tarefa de velar pela aplicação destes instrumentos. (Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado, p.6).

Observa-se a importância de definir e compreender o termo refugiado de maneira global para um entendimento conciso e correto quanto à sua aplicação, com respaldo jurídico, social e calcado nos direitos humanos. Na Convenção de 1951, em seu artigo 1º, menciona sobre o que se entende de refugiados estatutários,

Para os fins da presente Convenção, o termo “refugiado” aplicar-se-á a qualquer pessoa: (1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados; As decisões de inabilitação tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados durante o período do seu mandato não constituem obstáculo a que a qualidade de refugiados seja reconhecida a pessoas que preencham as condições previstas no §2º da presente seção; (2) Que em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha a sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.” Essa definição geral é examinada detalhadamente adiante. (Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA), 20 de junho de 1974)

Todavia, para complementar o dispositivo que define refugiado, no Protocolo de 1967, em seu artigo 1º, § 2º, diz que,

§2. Para os fins do presente Protocolo, o termo «refugiado», salvo no que diz respeito à aplicação do §3 do presente artigo, significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras «em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e...» e as palavras «..como consequência de tais acontecimentos» não figurassem do §2 da seção A do artigo primeiro. (Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados, 28 de julho de 1951)

Nesse sentido, o doutrinador Mazzuoli cita James Harhaway, na junção das duas definições acima citadas, o que vem a ser refugiado,

Que, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode, ou em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (HATHAWAY, p. 373, citado por MAZZUOLI, Valério de Oliveira, 2012).

Esses dois instrumentos internacionais citados são os mais importantes no que tange os refugiados, inclusive com seu reconhecimento internacional.

Conforme o site do ACNUR trata-se de uma questão vista com frequência para que os Estados ratifiquem tais instrumentos a serem aplicados. Em novembro de 2007, segundo ACNUR, o número total de Estados signatários da Convenção e do Protocolo era de 141, porém alguns Estados são signatários de um deles ao invés de ser de ambos. (site ACNUR)

Assim, diante dos dois instrumentos internacionais, qualquer pessoa em necessidade, pode exercer seu direito de procurar e usufruir de refúgio em outro país.

Além da Convenção e do Protocolo, merece destaque também a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984, dispõe que foi “Adotada pelo Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”, (Cf. Declaração de Cartagena, 1984), realizado em Cartagena, Colômbia, entre 19 e 22 de novembro de 1984, em sua terceira conclusão,

Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se torna necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (Declaração de Cartagena, 19 e 22 de novembro de 1984)

Enfim, na Convenção da OUA, em seu artigo 1º, definido o termo refugiado de forma mais ampla, inclusive quanto à pessoa possuir várias nacionalidades, e algumas restrições, vejamos quanto à definição de refugiado,

1 - Para fins da presente Convenção, o termo refugiado aplica-se a qualquer pessoa que, receando com razão, ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontra fora do país da sua nacionalidade e não possa, ou em virtude daquele receio, não queira requerer a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país da sua anterior residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude desse receio, não queira lá voltar.

2 - O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade. (Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA), 20 de junho de 1974)

Dessa forma, o conceito clássico se torna raso, pois diante do avanço da sociedade os problemas não estacionam nos quesitos elencados anteriormente, mas, sim, abrindo um leque de outras necessidades advindas com a globalização.

Porém, o Protocolo de 1967 não possibilitou novas permissões quanto ao refúgio, como por exemplo, questões socioeconômicas, desemprego, pobreza e, inclusive, quanto às questões ligadas à natureza. (Revista ambiental, p. 58) Assim, não se pode deixar a informação para a população sobre um problema de grande importância e recorrente.

2.1 A problemática da definição de refugiados ambientais e seus critérios

Como dito anteriormente, o conceito de refugiado deve se pautar de forma ampla para o mundo atual e quanto à realidade em que se vive e em constantes mudanças.

Uma das ampliações dos motivos de solicitar o refúgio é o caso dos refugiados ambientais, os quais são pessoas obrigadas a migrarem para outro local por conta da ocorrência de eventos ambientais catastróficos, ou de mudanças ambientais, como mudanças climáticas devido ao aquecimento global.

O termo refugiado ambiental apareceu em 1985, por meio de um trabalho publicado como Environmental Refugees, escrito por um professor egípcio El-Hinnawi, em que conceitua como refugiado ambiental como

Pessoas que fogem ou deixam sua terra natal em função de ameaças de vida e segurança provocadas pelo meio ambiente, dentre essas ameaças quaisquer mudanças físicas, químicas e biológicas nos ecossistemas ou diretamente nos recursos naturais que o transformam tornando o meio ambiente impróprio para manter ou reproduzir a vida humana (BARROS, 2011. p 61, citado por PRESTES, Gésun Fernando, 2013)

Em 1988, no Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), definiu o termo refugiado ambiental como,

[...] pessoas obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona onde tradicionalmente viviam, devido ao visível declínio do ambiente, perturbando a sua existência e ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência dessas pessoas entrasse em perigo. (FERREIRA, HelineSivini; SERRAGLIO, Diogo Andreola, p. 59, 2015)

Alguns autores entendem se tratar de ecomigrantes, pois migram por motivos de desordem ambiental, mas não possui respaldo suficiente para que se tenha uma definição concisa internacionalmente e, assim, sua proteção fica de forma instável, pois as proteções que encontramos tanto na Convenção como no Protocolo, são refugiados político e social.

Conforme Heline e Diogo deve haver maior preocupação em relação ao termo refugiado ambiental, pois existe essa categoria de pessoas, necessitando além de uma proteção ambiental, jurídica, social e política, inclusive o reconhecimento dessa espécie de refugiado (climático global). (Revista de Direito Ambiental, ano 20, v. 79, p. 47-73)

O termo refugiado ambiental, ainda, encontra-se em construção, deixando-os vulneráveis diante de toda proteção que necessitam, pois nota-se que a realidade global está em constantes mudanças climáticas e desastres naturais, deixando à míngua pessoas com residência, trabalho, toda uma vida sendo deixada para trás por conta desses problemas que transformam toda a vida da sociedade atingida pelas tragédias de eventos ambientais.

Nessa questão, deve o direito retirar a venda, e enxergar os problemas a serem discutidos, tanto os jurídicos como quanto às políticas públicas, realizando uma política de prevenção para buscar a redução de vítimas e migrantes, bem como construir um respaldo sólido para os refugiados ambientais, sendo que desde 1985 luta-se para conquistar um termo apropriado, e sua inclusão de fato em Convenções e Protocolos universais.

Recentemente em 2016 ocorreu na ONU o Acordo de Paris, ratificado por 175 países, sendo que uma das discussões foi quanto aos refugiados e questões climáticas que a RESAMA (Rede Sul-Americana para as Migrações Ambientais) questionou a respeito. E, segundo estimativa do Internal Displacement Monitoring Centre, nos últimos 09 (nove) anos, mais de 184,6 milhões de pessoas foram deslocadas devido a desastres ambientais naturais e 90% dos desastres naturais nesses últimos vinte anos, são por causa de mudanças climáticas. (DELFIM, Rodrigo Borges, 2016)

Desse modo, importante frisar a relevância de possuir não apenas um conceito aplicável em âmbito geral, como também os direitos dos deslocados ambientais, ou refugiados ambientais, visando os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana, bem como os problemas políticos e sociais que isso causa com a falta de algo palpável em relação aos refugiados ambientais diante de uma política pública eficiente e preventiva.

3 | OS REFUGIADOS AMBIENTAIS ADVINDOS DA GLOBALIZAÇÃO E DE SEUS EFEITOS CLIMÁTICOS

Como se sabe, a globalização está intrínseca ao mercado financeiro, notícias instantâneas, liberdade de imprensa e movimentação não apenas financeira, mas também social, política e tecnológica, ocorrendo transformações de maneira acelerada em que muitas das vezes não chega a toda à população.

Em conjunto com a globalização não se pode esquecer de mencionar as mudanças ambientais trazidas com esse ritmo acelerado sem um planejamento eficiente para que ocorram ações positivas globais, buscando nesse sentido o melhor para todo o Estado, ou seja, para toda nação, todavia alguns Estados não pensam desta forma como se pode observar em alguns acordos internacionais em que não são todos os países que aderiram, principalmente, aos acordos referentes a meio ambiente.

Conforme entendimento de Renata Follone,

Hodiernamente, a globalização está vinculada a questões ambientais, principalmente, quando o problema está relacionado à industrialização desenfreada, à expansão do mercado e à urbanização descontrolada. [...] Com o desequilíbrio ambiental e, também, a ocorrência de fenômenos que atingem o meio ambiente, tais como furacões, tsunamis, enchentes, queimadas, a escassez de água potável, etc, a humanidade é diretamente afetada. Isso trazendo como consequência, não apenas um desequilíbrio ambiental, como também, um problema de dimensões globais à sociedade. (FOLLONE, p. 50-51, 2015)

A questão das mudanças ambientais, além de ser uma problemática da globalização, atinge problemas sociais, pois com desastres naturais atingem toda população, na qual necessitam de ações globais, de políticas públicas eficientes, bem como soluções que evitariam grandes desastres, como, por exemplo, o aquecimento global com a emissão de gases poluentes e a preocupação do buraco na camada de ozônio.

Os exemplos citados necessitam de maior preocupação e um caminhar junto com a globalização competente para combater esses problemas ambientais e encontrar ações globais para não apenas resolver os existentes, como também, a prevenção de novas catástrofes trazidas de um mau uso do meio ambiente, levando como consequência a migração das pessoas que sofrem com os avanços negativos da globalização ambiental.

Com a globalização, ocorre o desenvolvimento econômico de forma célere, e quanto mais aumenta o fluxo econômico, maior o avanço da tecnologia, e como consequência a poluição e degradação ambiental também aumentam, trazendo consigo a redução de espécies da fauna e flora, da biodiversidade, ou seja, mudanças climáticas e desastres naturais, onde toda a sociedade sofre e sofrerá suas consequências, as quais muitas das vezes não se calculam o impacto ambiental que a globalização pode trazer, mas se preocupam primeiramente com a economia, política, ou seja, os próprios interesses dos Estados.

Apesar disso, a ONU busca reunir os Estados para diminuir a emissão de gases do efeito estufa, sendo este um dos fatores da revolução industrial advindo da globalização no qual atinge algumas populações enquanto que outras não chegam de forma significativa o resultado dessa revolução desenfreada.

Cumprir destacar a realização da Convenção das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), conhecida como ECO 92 ou RIO 92, ou Cúpula da Terra, onde foi discutido sobre o meio ambiente, e a assinatura da Agenda 21, em que os signatários a estabilizar a emissão de gases poluentes. (Site ACNUR)

Após, em 1995 houve a primeira Conferência das Partes, COP-1, em seguida no ano seguinte a COP-2 e em 1997 surge o Protocolo de Kyoto (COP-3), sobre a diminuição dos gases de efeito estufa, com índices para serem alcançados.

Com relação a esse acordo, os países desenvolvidos tiveram certa dificuldade em aderir, porém são os principais poluidores. Em 2002 ocorreu a ratificação de alguns países como o Japão, Canadá e União Europeia, bem como em 2005 a Rússia também aderiu, contudo os Estados Unidos, sendo este um dos maiores emissores de gases poluentes, não ratificaram. (Site ACNUR).

Infelizmente não houve resultados satisfatórios, e a ONU marcou a COP-18 em 2012, determinando a manutenção do protocolo de Kyoto até 2020, sem a ratificação do Canadá, Rússia e Japão. Como dito anteriormente, importante destacar o chamado Acordo de Paris, a COP-21, em 2015, com objetivo da manutenção do aquecimento global abaixo de 2°C e que países desenvolvidos deverão investir cerca de 100 bilhões de dólares

por ano no combate à mudança climática e adaptação em países em desenvolvimento, buscando um equilíbrio entre países desenvolvidos e os que estão em desenvolvimento. (PRESTES, Gésun Fernando, p. 59, 2013)

Diante dos acordos e convenções, nota-se a importância de se preocupar com as mudanças climáticas, a preservação do meio ambiente, bem como sua prevenção, pois com a sociedade numa mudança acelerada, seu resultado se dá com aquecimento global, poluições atmosféricas e nas águas, desmatamentos, tudo como consequência da intervenção humana diante de um desenvolvimento econômico desenfreado e a falta de uma política pública eficiente de ordem global.

Dessa forma, com catástrofes acontecendo, com ela surgem migrações por conta da desordem ambiental e pouco se discute na mídia em longo prazo, mas, aparece apenas o imediatismo para se obter níveis midiáticos satisfatórios no momento, pois o que ocorre posteriormente, pouco importa divulgar de forma que todos tomem o real conhecimento das ocorrências das próprias ações humanas e como atingem a população atualmente e no futuro não tão distante.

Enfim, a globalização está ligada com um desequilíbrio social entre Estados, principalmente em relação aos desenvolvidos que tem como objetivo o desenvolvimento a qualquer preço sem a preocupação do resultado, bem como a desigualdade social aumentando com a ausência de um olhar para a responsabilidade ambiental, social e política, desenrolando uma grande vulnerabilidade em parcela da sociedade com o crescimento de refugiados ambientais.

4 | OS DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS AOS REFUGIADOS AMBIENTAIS

Como mencionado, o termo refugiado ambiental ainda está em construção, bem como sua abrangência, porém se encontra na Convenção de 51 e no Protocolo de 67, inclusive há maior menção, principalmente, na Convenção da Organização da Unidade Africana Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos em 69 e na Declaração de Cartagena em 84.

De acordo com Heline Ferreira e Diogo Serraglio,

Em face da inexistência de legislação específica para a tutela dos refugiados ambientais climáticos, torna-se possível a inclusão dessa nova categoria de pessoas no sistema normativo garantidor dos Direitos Humanos por meio de institutos jurídicos já existentes. Em outras palavras, observa-se que a defesa desses migrantes se torna factível diante da sua aproximação com os princípios norteadores do Direito Internacional dos Direitos Humanos. (FERREIRA, HelineSivini; SERRAGLIO, Diogo Andreola, 2015)

Assim, houve uma ampliação do conceito de refugiado, mas, ainda se encontra falha ao encontrar uma definição concisa de refugiado ambiental, nesse sentido, deve-se buscar respaldo nos direitos humanos, os quais têm como objetivo a proteção e garantias

fundamentais da pessoa humana.

Cumpre mencionar a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e os Pactos dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, os quais proporcionam proteção dos direitos da pessoa humana.

Os artigos 2º e 3º da Declaração Universal de Direitos Humanos dizem que,

Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Artigo 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 de dezembro de 1948)

Há proteção garantida, dos direitos e liberdades de todos os seres humanos de forma a se enquadrar questões ambientais e quanto à segurança pessoal, pois com a ocorrência de catástrofes e desastres naturais há a inobservância de uma segurança e desta forma, o surgimento de refugiados ambientais.

Ademais, na Declaração e Programa de Ação de Viena, realizada na Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos de 1993, em seu artigo 5º, prevê que,

Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais. (Declaração e Programa de Ação de Viena, 14-25 de junho de 1993)

Demonstra mais uma vez a importância dos Direitos Humanos e sua aplicação internacional para que ocorra a proteção de pessoas em condições de vulnerabilidade e sem alguma identificação na legislação de forma específica, para tanto, aplica-se os Direitos Humanos visando a garantia fundamental de todos os cidadãos para a proteção.

Ante a necessidade que os refugiados ambientais encontram-se devido a problemas ambientais climáticos, os quais na grande maioria não dependem deles, não houve uma preocupação correta do Estado, precisa nesse sentido de um olhar mais crítico quanto ao cuidado em relação ao meio ambiente e não menos importante quanto às pessoas que sofreram com transformações climáticas perdendo muitas das vezes a própria identidade.

Notória a urgência de preocupação quanto às condições dos indivíduos, grupos e comunidades sujeitos em catástrofes ambientais e a indispensabilidade da aplicação dos direitos humanos, nessas situações instáveis geradas por fenômenos naturais, que na realidade grande parcela dessas ocorrências é a própria ação do homem em que a vítima é o próprio homem com a deterioração do meio ambiente. (RAMOS, p. 99, 2011)

De acordo com o entendimento de Heline Ferreira e Diogo Serraglio,

Observa-se que, apesar da inexistência de um regime jurídico próprio devidamente regularizado que reconheça esta categoria de pessoas e, sobretudo, a tutela daqueles que saem de seu local de origem por conta das mudanças climáticas decorrentes do aquecimento global, não se pode permitir que a comunidade internacional continue ignorando a espinhosa realidade enfrentada pelos refugiados ambientais climáticos, os quais carecem, até mesmo, de uma definição institucionalizada. (FERREIRA, HelineSivini; SERRAGLIO, Diogo Andreola, p. 69, 2015).

Portanto, os refugiados ambientais ainda se encontram no âmbito jurídico de certa forma prejudicado, por não haver uma proteção expressa, todavia ao menos existe a possibilidade do enquadramento da aplicação dos Direitos Humanos frente à carência de uma regulação tanto do que vem a ser refugiados ambientais, bem como a concessão de refúgio nessa categoria de pessoas vítimas de catástrofes ambientais.

5 | O DIREITO BRASILEIRO E SUA PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS

O Brasil desde a primeira Constituição do Império, em 1824, possuía a proteção dos direitos humanos e signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenção de 1951, Protocolo de 67, porém foi na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que ganhou maior destaque os direitos humanos.

Ainda no Brasil, em 1977, acolhera o escritório regional do ACNUR, porém não era aceito pelo governo por conta da ditadura, sendo finalizadas suas funções e, em 1989 voltou com o escritório em Brasília junto com o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), instituído pela Lei 9.474 de 1997 pelo Ministério da Justiça. (PRESTES, Gésun Fernando, p. 47, 2013)

Em 1992, o Brasil recepciona a Declaração de Cartagena de 1984 e em 1997 cria-se a Lei 9.474, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e outras providências, alargando a definição de refugiados.

A Ordem dos Advogados do Brasil, em meados de 1999 e 2004, também, procurou auxiliar o refugiado na questão jurídica.

Na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, possui a proteção dos direitos humanos, no que tange à liberdade, à dignidade e à justiça, bem como os princípios internacionais pertencentes em tratados, garantindo direitos aos refugiados.

Em relação à Lei 9.474/97, em seu artigo 1º, define o que vem a ser refugiado,

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (Lei nº 9.474/1997)

Esse texto demonstra preocupação e abrangência no termo refugiado, mas não há menção quanto a problemas ambientais, nesse sentido continua a utilizar os direitos humanos para ocorrer a proteção dessas pessoas vulneráveis por catástrofes ambientais que buscam refúgio em algum lugar que o mínimo de segurança e respeito aos direitos humanos com sua aplicação. Na lei em questão estabelece, além disso o procedimento para obter o *status* de refugiado, e a criação de um órgão para tratar desse assunto, o CONARE, mencionando sua competência, estrutura e funcionamento, que segundo doutrinador Mazzuoli,

O CONARE é órgão colegiado, vinculado ao Ministério da Justiça, composto por representantes da área governamental, da sociedade civil e das Nações Unidas. De seu comitê fazem parte: a) o Ministério da Justiça, que o preside, b) o Ministério do Trabalho das Relações Exteriores, que exerce a vice-Presidência, c) o Ministério do Trabalho e do Emprego, d) o Ministério da Saúde, e) o Ministério da Educação, f) o Departamento da Polícia Federal, g) a Cáritas Arquidiocesana de São Paulo e do Rio de Janeiro (organização não governamental dedicada à atividade de assistência aos refugiados no país), e h) o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados ACNUR, com direito a voz, sem voto. (MAZZUOLI, p. 743, 2012)

Ainda, quanto à Lei 9.474/97, possui a possibilidade de extensão à condição de refugiados, sua exclusão, ou seja, quando não haverá o benefício da condição de refugiado, a condição jurídica, sobre o ingresso no território nacional e, como realizar o pedido de refúgio.

O reconhecimento de refugiado necessita de um procedimento elencado na Lei 9.474/97 que tramita no CONARE, funcionando como primeira instância e, caso não seja concedido, poderá recorrer ao Conselho Nacional de Imigração, e se necessário, o visto humanitário.

Mais uma vez, conforme Mazzuoli,

Uma vez concedido o status de refugiado, fica o solicitante inteiramente amparado pelo Estatuto dos Refugiados de 1951, especialmente no que tange ao princípio (integrante das normas de jus cogens) do non-refoulement, previsto no artigo 33 da Convenção, que impede a devolução injustificada do refugiado para país onde já sofreu ou possa vir a sofrer qualquer tipo de perseguição capaz de ameaçar ou violar os seus direitos reconhecidos. O mesmo princípio do non-refoulement encontra-se também em instrumentos regionais, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 22, § 8º). (MAZZUOLI, p. 744, 2012)

Dessa forma, pode-se perceber que a Lei 9.474/97 abrange tanto o termo de refugiados, bem como seus direitos em torno de maior segurança aos indivíduos que buscam refúgio, contudo não são a maioria dos Estados que possuem uma lei específica para regulamentar a situação de refugiados, sendo de suma importância para o Brasil constituir em sua legislação essa preocupação com grupos de pessoas vulneráveis, mesmo que no conceito não possua a condição de refugiado ambiental, ainda assim, possui relevância diante do conjunto com os direitos humanos implementados no Brasil.

6 | O CASO DOS HAITIANOS NO BRASIL

O Brasil, conforme mencionado anteriormente, possui um respaldo de grande respeito quanto aos direitos humanos, bem como uma lei específica para refugiados. Além disso, há o Estatuto do Estrangeiro, a Lei 6.815/80, o qual menciona em seu texto sobre a situação de passaporte a estrangeiro refugiado.

Todavia, no Brasil existe a concessão de visto humanitário aos imigrantes haitianos, produzindo diversas discussões a respeito dos direitos e deveres perante essa concessão. Com a migração de haitianos de maneira informal pela fronteira norte do país, o Conselho Nacional de Imigração (CNIG), formulou a Resolução normativa nº 97/12, com alteração pelo CONARE, pela Resolução Normativa nº 102/13, visando mecanismos para regularizar a permanência dos haitianos no Brasil por razões humanitárias.

Essa Resolução está pautada em razões humanitárias quanto à relação aos haitianos transcorreu por conta do terremoto em 2010, destruindo e despojando milhares de pessoas de suas residências, assim, observando um problema ambiental e buscando soluções para proteger essas pessoas, principalmente soluções jurídicas existentes para conter esse tipo de situação, qual sejam catástrofes naturais. (PRESTES, Gérsun Fernando, p. 84, 2013)

Em conjunto com a preocupação da permanência legal dos haitianos, uma das condições desse visto permanente é a atividade laboral,

Art. 1º. Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro. Parágrafo único. Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010. [...] Art. 3º Antes do término do prazo previsto no caput do art. 1º desta Resolução Normativa, o nacional do Haiti deverá comprovar sua situação laboral para fins da convalidação da permanência no Brasil e expedição de nova Cédula de Identidade de Estrangeiro, conforme legislação em vigor. (Resolução Normativa CNIG nº 97, 19/08/1980).

O visto humanitário, promoveu a chance aos haitianos de possuírem garantias individuais contidas na Constituição Federal, bem como assegurar uma condição de trabalho e bem-estar para essas pessoas que se encontravam em situação precária devido ao desastre ambiental ocorrido.

Cumprido salientar que no artigo 2º havia o parágrafo único que foi revogado, o qual determinava a concessão de até 1.200 vistos por ano.

Portanto, importante se faz a diferenciação entre visto humanitário e refúgio. O primeiro, podendo ser chamado, também, de visto permanente, encontra respaldo no Estatuto do Estrangeiro em seu artigo 18, bem como a Resolução do CNIG. Quanto ao *status* de refugiado, advém tanto do Estatuto do Refugiado Lei nº 9.474/97, bem como de acordo com a Convenção de 51 e o Protocolo de 67. Ademais, os refugiados possuem

direitos e garantias, ajuda da CNUR e do governo brasileiro, podendo retornar ao país de origem quando finalizado o motivo de sua solicitação, porém o visto humanitário concede ao estrangeiro haitiano laborar em solo brasileiro para sua sobrevivência com prazo de 05 (cinco) anos.

Segundo Érika Ramos (2011, p.87), o Ministério Público Federal do Acre em 2012 ajuizou Ação Civil Pública para a União reconhecer os haitianos como refugiados, onde o Ministério Público Federal do Acre em seu pedido mencionando sobre os direitos humanos e o caso dos haitianos visando a busca de refúgio em outro país, citando as tragédias ambientais ou naturais, sociais e políticos. Depois da liminar deferida, recurso realizado, houve a intervenção do governo federal para a solução da lide e o CNIG publicou a Resolução 97/12, com a criação do visto humanitário. (RAMOS,2011,p. 87)

Assim sendo, a Resolução 97 e sua alteração, devem ser vistas de maneira positiva para dirimir o ingresso de forma irregular dos haitianos, ocorrendo uma solidariedade quanto aos haitianos atingidos pelo terremoto de 2010, mas ainda persiste discussão sobre o tema, quanto a uma migração exacerbada dos haitianos no Brasil.

7 | CONCLUSÃO

Pela da análise reflexiva realizada, observa-se que se trata, ainda, de um desafio do direito internacional, pelas lacunas existentes em relação ao termo refugiados ambientais, ou mesmo sua inclusão no termo já existente.

A proteção jurídica dessas pessoas fica dependente da aplicação dos direitos humanos e, sua violação além da situação dessas pessoas, há o meio ambiente, o qual por muitos Estados fica em segundo plano por conta da globalização que ocorre de forma cada vez mais acelerada e de certa forma acarretando uma desordem social.

No presente trabalho denota-se a importância e a necessidade de soluções concisas para os refugiados ambientais, os quais migram por conta de situações causadas pelo próprio Homem, com mudanças climáticas, desastres ecológicos e a difícil restauração do que era e do que essa sociedade conquistou.

Importante mencionar o Estado, bem como suas relações internacionais para que verifiquem não apenas a importância de um olhar sobre os refugiados ambientais, como também, prevenir que ocorram mais migrações por conta de desastres ambientais, com a busca de políticas públicas eficientes tanto na seara política, como social e ambientais.

Insta salientar que o Brasil encontra-se à frente de muitos países, pois, possui um ordenamento jurídico amplo, tendo em vista leis que visam aos estrangeiros, refugiados, bem como a busca por meio dos direitos humanos a permanência de refugiados ambientais, como no caso dos haitianos, o visto humanitário para ficarem em solo brasileiro de forma correta e com a busca de desenvolvimento social e humanizado desses refugiados ambientais, como com os demais que necessitarem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 9.474/1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. 22 de julho de 1997. D.O.U. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

BUENO, Claudia da Silva (2012). **Refugiados Ambientais: em busca de amparo jurídico efetivo**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso, Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/claudia_bueno.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

Carta das Nações Unidas, 22 de outubro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, 10 de dezembro de 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Retirado em 20 de janeiro de 2017.

Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA), 20 de junho de 1974. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bpointer%5D=0&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bsort%5D=doctitle,sorting,uid&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Buid%5D=586&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017. Declaração de Cartagena, 19 e 22 de novembro de 1984. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

Declaração e Programa de Ação de Viena, 14-25 de junho de 1993. Disponível em: <<http://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: 20 de janeiro de 2017.

DELFIN, Rodrigo Borges. **Acordo de Paris deixa a desejar sobre refugiados ambientais, aponta pesquisadora**. Migra Mundo, 2016. Disponível em: <<http://migramundo.com/acordo-de-paris-deixa-a-desejar-sobre-refugiados-ambientais-aponta-pesquisadora/>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2017.

DICHER, Marilu. **O termo refugiado ambiental e a problemática de sua definição**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=dbe1a0a2c9bd9241>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2017.

FERREIRA, HelineSivini; SERRAGLIO, Diogo Andreola. A proteção dos Refugiados Ambientais Climáticos e o reconhecimento das garantias fundamentais da pessoa humana na sociedade de risco. **Revista de Direito Ambiental, ano 20, v. 79, p. 47-73, São Paulo, Editora RT, 2015**.

FOLLONE, Renata Aparecida. **Globalização & cidadania: uma nova visão e seus reflexos jurídico-constitucionais**. Birigui, São Paulo, Brasil, Editora Boreal.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; RIBEIRO, Helena. **Saúde Global em tempos de globalização. Saúde Social, v. 32, p. 366-374, 2014**, São Paulo, Brasil. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/84875/87604>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2017.

Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_critérios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo, Brasil, Editora RT, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos humanos**. São Paulo, Brasil, Editora Saraiva.

PRESTES, Gésun Fernando (2013). **Refugiados ambientais à luz do direito ambiental internacional: caso dos haitianos imigrantes no Brasil**. Dissertação de Mestrado, Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/uploads/DissertacaoGesunFPrestes1.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

Protocolo de 1967. Relativo ao Estatuto dos Refugiados, 28 de julho de 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

RAMOS, Érika Pires (2011). **Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional**. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view=1>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

Resolução Normativa CNIG nº 97. Dispõe sobre a concessão do visto permanente previsto no artigo 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a nacionais do Haiti. 12 de janeiro de 2012, D.O. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116083>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

SOUZA, José Fernando Vidal de. **Os refugiados ambientais no Brasil: Uma leitura sobre a construção de barragens, geração de energia, restauração da dignidade e cidadania**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d63c4a5e9b600279>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2017.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. São Paulo, Brasil, Editora Saraiva.

A FERROVIA PARAENSE: UM ESTUDO DE CASO SOBRE ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS DOS POVOS TRADICIONAIS NA AMAZÔNIA PARAENSE

Data de aceite: 03/08/2020

Data da submissão: 05/06/2020

Johny Fernandes Giffoni

Universidade do Estado do Pará

Belém: Pará

<http://lattes.cnpq.br/9760994288820871>

RESUMO: O presente artigo buscará abordar alguns impactos, características e elementos presente no empreendimento denominado Ferrovia Paraense, bem como seus impactos ao modo de vida tradicional de povos tradicionais e do meio ambiente. Pretendemos identificar os povos, sua categorização pela legislação e pela doutrina, identificando ainda como a Convenção 169 da OIT pode ser utilizada como instrumento de defesa dos direitos territoriais dos povos tradicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Ferrovia Paraense. Povos Tradicionais. Consulta Prévia.

THE PARAENSE RAILROAD: A CASE STUDY ABOUT THE VIOLATIONS OF RIGHTS OF TRADITIONAL PEOPLE IN THE PARAENSE

AMAZON

ABSTRACT: This article will seek to address some impacts, characteristics and elements present in the venture called Ferrovia Paraense, as well as its impacts on the traditional way of life of traditional peoples and the environment. We intend to identify peoples, their categorization by legislation and doctrine, also identifying how ILO Convention 169 can be used as an instrument to defend the territorial rights of traditional peoples.

KEYWORDS: Paraense Railroad. Traditional People. Prior Consultation.

1 | INTRODUÇÃO

Inicialmente iremos estabelecer algumas considerações a respeito do empreendimento “Ferrovia Paraense”, um projeto desenvolvido pelo Estado do Pará, quais comunidades serão atingidas e como serão impactadas. Em seguida teceremos alguns comentários sobre as fases do empreendimento estudado.

Embora busquemos construir uma relação do empreendimento denominado Ferrovia Paraense, com um modelo de desenvolvimento econômico voltado para a realidade Amazônica, não iremos no presente

trabalho abordar os aspectos teóricos das diversas correntes de pensamento à respeito das teorias econômicas de desenvolvimento.

Logo após, apresentaremos os conceitos e definições de povos tradicionais, quem são estes povos, quais serão atingidos pelo empreendimento ora abordado, bem como realizaremos uma correlação entre o espaço físico e o espaço social, constituído este último pelas relações estabelecidas entre esses povos e o meio ambiente, e como serão impactadas pela Ferrovia.

O Direito à Consulta e Consentimento Prévio, Livre e Informada – CCPLI, constitui-se em direito fundamental dos povos tradicionais, que vem sendo violado rotineiramente pelo Estado brasileiro, e mais especificamente no caso do presente artigo, pelo Estado do Pará. Faremos uma breve apresentação dos motivos que justificam a realização da consulta e consentimento prévio, buscando ainda diferenciar a consulta do procedimento de audiências públicas.

2 | A FERROVIA PARAENSE: BREVES CONSIDERAÇÕES

O Estado do Pará, através da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Mineração e Energia (SEDEME), vem realizando desde o ano de 2015¹ Estudos de Viabilidade Econômica, Técnica e Ambiental (EVTEA) e Estudos Técnicos de Traçado da Ferrovia Paraense – FEPASA, objetivando sua construção.

Trata-se de empreendimento que cruzará 23 Municípios do Estado do Pará², impactando áreas urbanas e rurais, estas últimas englobando terras quilombolas, comunidades tradicionais, terras indígenas, assentamentos da reforma agrária, sítios arqueológicos e unidades de conservação. Consiste no maior projeto de logística do Governo do Estado do Pará sendo um dos mais amplos do Brasil, perfazendo o tamanho de 1.319 km (SEDEME; TERRA, 2017, p. 13).

Neste sentido,

Fundamental para o desenvolvimento logístico e para maior integração do território nacional, o modal ferroviário tem como característica marcante a elevada capacidade de carga. Sua relevância para a Região Norte é decorrente da necessidade de escoamento de grandes volumes de cargas minerais extraídas no estado do Pará e cargas agrícolas provenientes da Região Centro-Oeste (CORREA et al, 2014, p. 62).

A Ferrovia Paraense, assim como outros empreendimentos de infraestrutura e logística no Estado do Pará e na Região Norte, foram pensados a partir do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e do Programa de Investimentos em Logística (PIL),

¹ Em 27 de agosto de 2015, o Governo Estadual através de uma Portaria autorizou, por meio de portaria que a empresa PAVAN Engenharia realizasse o Estudo de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental.

² Segundo o Relatório de Impacto Ambiental são os seguintes Municípios: 1)Abaetetuba, 2)Abel Figueiredo, 3)Acará, 4) Barcarena, 5)Bom Jesus do Tocantins, 6)Dom Eliseu, 7)Eldorado dos Carajás, 8)Ipixuna do Pará, 9)Marabá, 10)Nova Ipixuna, 11)Paragominas, 12)Pau D'Arco, 13)Piçarra, 14)Redenção, 15)Rio Maria, 16)Rondon do Pará, 17)Santana do Araguaia, 18)Santa Maria das Barreiras, 19)Sapucaia, 20)Tailândia, 21)Tomé-Açu, 22)Xinguara e 23)Moju (SEDEME; TERRA, 2017, p. 13).

que exerceram um grande impacto na Região Norte, pois levou um grande investimento de infraestrutura para o desenvolvimento da região (CORREA et al, 2014, p. 60).

Quanto ao modelo de desenvolvimento adotado na Amazônia, o principal documento orientador da política desenvolvimentista para Região Norte, é o Plano Amazônia Sustentável, que caminha em conjunto com o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

Neste sentido o objetivo principal do Plano Amazônia Sustentável (PAS), seria a promoção de um desenvolvimento sustentável para a Amazônia, a partir de um modelo que valorize o vasto patrimônio natural existente na região, tendo como base investimento em tecnologia e infraestrutura. Neste sentido, busca atividades econômicas que sejam dinâmicas e inovadoras gerando emprego e renda, de acordo com o uso sustentável destes recursos naturais, preservação dos biomas, pensando na elevação da qualidade de vida da população (BRASIL, 2008, p. 56).

O referido plano apresenta a intenção do governo federal, enquanto política pública de transporte e modal logístico as Ferrovias Norte-Sul e a Ferronorte. Todos os projetos de Ferrovia, como veremos, já estão em processo de licenciamento ambiental, tendo como ponto final o Município de Barcarena, especificamente o Porto de Vila do Conde, no Estado do Pará (BRASIL, 2008, p. 87).

Atualmente o Governo Estadual vem realizando o licenciamento ambiental de diversos empreendimentos desenvolvimentistas³ os quais, muitas vezes, atingem comunidades que residem próximas às obras, ou ainda que se utilizam de um determinado território que será afetado. Entretanto, no processo de licenciamento desconsidera a organização social e cultural destes grupos, além de não prever todos os impactos que serão gerados ao meio ambiente.

Estamos diante de um modelo de desenvolvimento regional, que converge para uma idealização de desenvolvimento econômico através do aumento da atividade produtiva que tenha por fundamento à industrialização, onde haja um planejamento do estado na concessão de subsídios econômicos para o incentivo da vida produtiva (MOURÃO; LIMA; AMIN at al., 2018, p. 81).

Podemos dizer, que o pensamento econômico brasileiro, e conseqüentemente os projetos de políticas públicas que buscam um desenvolvimento do Brasil nas últimas décadas, foram influenciadas pelo pensamento do economista Celso Furtado, que acreditava que o fenômeno do subdesenvolvimento não seria uma etapa imprescindível para a formação de economias capitalistas, mas “um processo histórico autônomo, espécie de deformação dessa dinâmica e, então, caberia ao Estado conduzir um planejamento que permitisse a transição da economia agroexportadora para a industrial” (MOURÃO; LIMA; AMIN at al., 2018, p. 86).

³ Esclarece Correa e outros, que “Uma série de obras está em fase de planejamento ou execução para integrar a Região Norte ao resto do país e aos países vizinhos e desenvolver a integração também entre os estados da região” (CORREA et al, 2014, p. 61).

A partir da discussão sobre os modelos de desenvolvimento econômico e o papel do Estado devemos destacar que:

[...] o Estado aparece em destaque na obra de Furtado como um importante instrumento, cuja utilização é necessária para resolver problemas estruturais. Com efeito, o Estado é visto como esfera responsável pela coordenação e condução de políticas de planejamento que viabilizem a promoção do desenvolvimento (MOURÃO; LIMA; AMIN at al., 2018, p. 86).

O pensamento de Celso Furtado, constitui-se no fundamento das Políticas de Desenvolvimento Regional no Brasil, com a criação e operacionalização das Superintendências de Desenvolvimento Regional, importante para a formulação e gestão de políticas públicas nacionais que objetive o desenvolvimento regional (MOURÃO; LIMA; AMIN at al., 2018, p. 86).

A Ferrovia, tem como objetivo ser modal de transporte dos projetos minerários localizados na Região do Sul do Estado do Pará. Pretende também, escoar a produção de empreendimentos do agronegócio das cidades de Paragominas, Rondon do Pará e Marabá, ligando essas regiões ao principal polo de escoamento dos minérios, grãos, biocombustível do Estado, a cidade de Barcarena, utilizando inicialmente a estrutura portuária existente (PAVAN, 2015, p. 10).

Após sua construção, atrelada à ela será necessária a construção de um porto multicargas de águas profundas, sendo desenvolvido atrelado a ele um Condomínio Industrial e Portuário (PAVAN, 2015, p. 10). Pretende transportar por ano mais de 60 milhões⁴ de toneladas de diversos minérios e produtos do agronegócio por ano segundo o Estudo de Impacto (SEDEME; TERRA, 2017, p. 9).

Devemos refletir como as comunidades impactadas pela Ferrovia, bem como pelos empreendimentos que serão instalados em seu entorno irão suportar os impactos gerados. Podemos dizer que estamos diante de “conflitos ambientais distributivos”, que seriam aqueles que “indicam graves desigualdades sociais em torno do acesso e da utilização dos recursos naturais. Essa modalidade de conflito marca os debates ambientais internacionais desde o seu surgimento” (ZHOURI; LASCHEFSKI, 2010, p. 18). Neste sentido, devemos ter claro que o modo de uso tradicional dos povos que vivem nesses territórios, entram em conflito com os empreendimentos implementados na região.

3 | ENTENDENDO AS FASES DO EMPREENDIMENTO

A primeira fase do empreendimento é o Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE), que segundo o próprio Estudo possui informações consideradas básicas para que seja possível determinar as referências da Concessão dos Serviços ferroviários para

4 Segundo a Secretaria responsável pelo empreendimento as seguintes empresas utilizarão a Ferrovia: a) Norks Hydro: 5 milhões de toneladas ano de Bauxita; b) Mineração Irajá: 20 milhões de toneladas de Minério de Ferro; c) Alloys Pará: 170 mil toneladas de Alumínio; d) Araguaia Níquel Mineração LTDA: 54 mil toneladas ano de Níquel, e 130 mil de Carvão.

o transporte de carga no Estado do Pará (PAVAN, 2015, p. 3).

Após a realização da primeira fase do processo de implementação do empreendimento consistiu na realização de audiências públicas do processo de licitação, as quais foram direcionadas para os empreendedores. As audiências do procedimento de Licitação estão previstas no art. 39 da Lei 8.666/93, onde:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados (BRASIL, 1993).

Contudo a Secretaria responsável agendou apenas 04 reuniões, sem dar ampla publicidade para as mesmas, impedindo a participação da sociedade local, que será afetada pelo empreendimento. A fase seguinte foi a do Licenciamento Ambiental e da apresentação pelo empreendedor do Estudo Impacto Ambiental, que ocorreu em 26 de dezembro do ano de 2016, por meio da Secretaria Estadual de Desenvolvimento, Mineração e Energia, a qual protocolou pedido de licenciamento ambiental do empreendimento denominado Ferrovia Paraense, fase esta que encontra-se suspensa.

4 | QUEM SÃO OS POVOS TRADICIONAIS QUE SERÃO AFETADAS?

A Ferrovia passará próximo a comunidades tradicionais como quilombolas, indígenas e extrativistas. Além disso, a Ferrovia fará ligação com o porto da Vila do Conde, onde já ocorreram vários acidentes como o naufrágio das embarcações em outubro de 2015.

O traçado da Ferrovia afetará Florestas Públicas⁵, projetos de Assentamento do Incra⁶, sendo identificado ainda 780 assentamentos rurais com Cadastro Ambiental Rural. Em laudo apresentada pelos técnicos da Secretaria Estadual de Meio Ambiente, foram constados que cerca de 600 “curso de água” serão impactados, afetando o modo de vida de mais de 500 comunidades tradicionais, localizadas ao longo do eixo central do empreendimento. Foram localizados no eixo do empreendimento cerca de 127 sítios arqueológicos catalogados pelo IPHAN, nas áreas de influência do empreendimento.

Há que se levar em conta que “a defesa do meio ambiente é muito mais do que a defesa somente da fauna, flora e do meio físico, inclui também o ser humano, através de suas atividades culturais e materiais” (BENATTI, 1998, p. 10). Neste sentido, o Professor

5 Foram mapeadas as seguintes Florestas: Glebas Arrecadadas Federais Estrela Azul e Tracoá; Glebas Arrecadadas Federais Carrapatinho, Putirita e Tuirio; Glebas Arrecadadas Estaduais Ariranha, Ampulheta, Polígono dos Castanhais, Braço Forte (B), Piquiá II, Romualdo e Tailândia I; Glebas Arrecadadas Federais Água Azul, Araguaia, Estrela Azul, Extrema, Geladinho, Itinga, Mãe Maria, Pau d’Arco, Rondon, Rumualdo, Sororó, Suprema, Taquiteua e Verdes Matas.

6 O processo de licenciamento detectou que os seguintes Projetos de Assentamento do INCRA SR-27: Projetos de Assentamento Baguá e Belo Mirar – Município de Eldorado dos Carajás; Projetos de Assentamento Casarão, Fortaleza I e II, João Vaz, e Nossa Senhora do Perpétuo Socorro – Município de Nova Ipixuna; Projetos de Assentamento Piquiá e Sabino São Pedro – Município de Marabá; Projetos de Assentamento São Geraldo – Município de Bom Jesus do Tocantins.

Benatti chama a atenção que as normas que estabelecem as diretrizes à respeito das Unidades de Conservação, fundamentam-se em princípios conservacionistas que remontam ao início do século passado, onde seus valores sócio-culturais são totalmente diferentes da realidade atual, o que exige uma interpretação levando em conta novos paradigmas (BENATTI, 1998, p. 10).

Para o presente artigo, adotamos o entendimento de que os povos originários, povos tradicionais e mais notadamente as comunidades quilombolas, são compreendidas como grupos que culturalmente se distinguem do projeto social dominante, ou predominante de nação. Tais grupos apresentam formas próprias de organização social, se reconhecendo como tais, utilizando seus territórios e os recursos naturais, como uma condição de sua reprodução e perpetuação cultural, social, econômica, religiosa e ancestral, em que seus conhecimentos e práticas são transmitidos e gerados de geração em geração, através da tradição (MOREIRA; MIRANDA, 2017, p. 728).

Devemos ressaltar que nove comunidades quilombolas (1-São Sebastião, 2-Santa Maria do Traquateua, 3-Santa Luzia do Tracateua, 4-Bom Jesus do Centro Ouro, 5-Nossa Senhora das Graças e 6-São Bernadino, 7-Santa Luzia do Bom Prazer, 8-Novo Palmares, 9-Santana Axé do Baixo, 10-Comunidade Sítio Bosque, 11-São Manoel, Santa Maria do Mirindeua, 12-Nossa Senhora da Conceição, 13-Jacunday e 14-Ramal Piratuba) serão diretamente afetadas pelo empreendimento. Teremos ainda, cinco territórios indígenas (1-TI Xicrin do Caeté, 2- TI Suruí do Pará, 3- TI Mãe Maria, 4- TI Sarauá e 5- Turé Mariquita I e II) que, segundo os estudos serão indiretamente afetados, pois, não se encontram dentro do eixo de afetação direta, que segundo o estudo de impacto, considera como sendo 10 km de cada lado do eixo central do traçado do empreendimento.

Os povos tradicionais têm um conceito de meio ambiente muito diferente da visão da sociedade ocidental. Sua cosmovisão está integralmente relacionada com a mãe natureza, de modo que a proteção do meio ambiente, também procura proteger os seus costumes e tradições, e um verdadeiro respeito pela diversidade cultural. A Convenção n.169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), busca proteger o direito desses povos e seu conceito de meio ambiente, buscando retirar estes grupos de uma condição de invisibilidade social.

A Convenção n.169, no Brasil, aplica-se a todos esses grupos e a tantos outros que se apresentem sob o único vetor que normativamente os aproxima: organização social, política e cultural distinta da sociedade de grande formato. São muitos, sim. O direito apenas os invisibilizou por longo tempo. Chegou a hora de conhece-los e reconhecê-los como sujeitos de direitos. E, por isso, é preciso convidá-los a falar. Talvez seja esse o último espaço a ser de fato conquistado. No mais, é interessante notar como esses grupos se apropriaram de mapas e os reconfiguraram: há, na atualidade, cartografias geradas por inúmeras comunidades país afora (DUPRAT, 2015, p. 66-67).

5 | VIOLAÇÃO DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA

A Convenção 169 da OIT, garante aos povos originários e aos povos tradicionais o direito à autodeterminação, que prevê ainda a possibilidade que esses povos sejam consultados “sempre que qualquer medida, ato ou ação da sociedade hegemônica possa interferir no ser social ou sua territorialidade” (MARÉS; LIMA; OLIVEIRA; at. al, 2019, p. 22). Desta forma, a consulta pressupõe um procedimento apropriado que garanta que o processo de consulta seja de forma prévia, livre e informada. Segundo a Convenção o procedimento adequado é aquele determinado pelos povos de acordo com seu modo de vida tradicional, seus costumes e sua ancestralidade (MARÉS; LIMA; OLIVEIRA; at. al, 2019, p. 23).

O Estado do Pará vem desrespeitando o direito de Consulta e Consentimento Prévio, Livre e Informada das Comunidades Quilombolas, Indígenas e demais comunidades tradicionais, não realizando a mesma previamente aos procedimentos administrativos, e estudos seja de viabilidade econômica ou ambientais, desta forma, ao invés de garantir direitos dos povos originários e tradicionais, viola direitos previstos na Constituição e na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Inicialmente devemos ter em conta que, as Audiências Públicas e as Consultas Prévias são dois processos de natureza totalmente diversos. As Audiências Públicas são espaços de informação sobre o processo de licenciamento ambiental, ou no procedimento de licitação, para a população em geral. O objetivo das audiências públicas é expor aos interessados o conteúdo do produto em análise, no caso do licenciamento será o Relatório de Impacto Ambiental e o Estudo de Impacto Ambiental, e no caso do procedimento de licitação será o estudo prévio de viabilidade econômica do projeto, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito do empreendimento.

O procedimento de Consulta e Consentimento Prévio deve ser dirigido especificamente aos povos tradicionais, com o objetivo de deliberar sobre a oportunidade, sobre as condições e as consequências da decisão de implementar ou não um empreendimento ou atividade que os afetem.

A consulta à comunidade não é um acordo de duas partes, de dois direitos, o que está em jogo é o direito de uma parte e a obrigação da outra, eis a proximidade com o contrato. O Estado tem a obrigação de fazer a consulta “com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas”, nos exatos termos da Convenção, artigo 6º, numeral 2. Conseguindo o consentimento, então sim pode ser firmado um Termo de Acordo ou contrato, estabelecendo os limites do ato ou medida proposta pelo Estado e seu *modus faciendi*. Este acordo pode ser chamado de protocolo porque estabelece os limites do consentimento e as exatas consequências do ato administrativo ou legislativo a ser praticado” (MARÉS; LIMA; OLIVEIRA; at. al., 2019, p. 33-34).

Esse procedimento, deve garantir uma verdadeira oportunidade de participação dos povos tradicionais afetados, seja pelo traçado principal, seja aqueles que estejam na área de influência da ferrovia, no processo de tomada de decisão como o objetivo de se

encontrar um acordo ou consentimento a partir das medidas propostas.

A consulta é um processo de diálogo, de conversas justas e de boa-fé que garante a participação dos povos diretamente afetados, respeitando suas particularidades culturais, seu jeito e seus planos de vida e de futuro. Não se trata de um evento isolado, mas sim de conhecer as razões de todos os envolvidos, para que os Governos tomem decisões que considerem e respeitem a diversidade cultural. Nesse processo, cada um deve ceder um pouco, tentando chegar a um acordo, e não dizer simplesmente sim ou não (YAMADA; OLIVEIRA, 2013, p. 13).

Trata-se a consulta e consentimento prévio de um processo de tomada de decisão, não somente de uma simples reunião de informação como as Audiências Públicas. O processo de consulta e consentimento prévio não exclui a possibilidade dos povos tradicionais interessados de participarem das audiências públicas do processo de licitação, ou das audiências públicas do licenciamento ambiental, contudo antes das referidas audiências, antes do processo de licenciamento ou da licitação deverá ser realizado o processo de consulta e consentimento prévio com as comunidades tradicionais afetadas.

6 | CONCLUSÃO

O modelo desenvolvimentista de nação, implementado na Amazônia tem nos recursos naturais uma vertente econômica, estabelecendo valores financeiros para todos os bens naturais. Essa visão se opõe à perspectiva e ao modo de vida dos povos tradicionais, que tem o meio ambiente, não como um recurso de valor econômico, não como bens, mais como elementos cosmológicos ligados diretamente ao seu modo de ser e viver.

A Ferrovia Paraense irá impactar as comunidades tradicionais e originárias, alterando o modo de vida destas comunidades, além de poluir o ambiente em que as mesmas estão inseridas. A consulta prévia, prevista na Convenção 169 da OIT vem sendo desrespeitada, violando um direito fundamental destes povos.

REFERÊNCIAS

BENATTI, José Heder. **Unidades de Conservação e as Populações Tradicionais: Uma análise jurídica da realidade brasileira**. Papers do NAEA – Paper 098: 1998. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.naea.ufpa.br/naea/novosite/paper/245>. Acesso em 05 de maio de 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Amazônia Sustentável: diretrizes para o desenvolvimento sustentável da Amazônia Brasileira**. – Brasília: MMA, 2008.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.666%2C%20DE%2021%20DE%20JUNHO%20DE%201993&text=Regulamenta%20o%20art.%2037%2C%20inciso,P%C3%BAblica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em: 05 de maio de 2020.

CORREA, Álvaro Larrabure Costa; JUNIOR, Antonio José Alves; MORAES, Cristina Starling de; CAVALCANTI, Isabel Machado; SEABRA, Isamara; OLIVEIRA, Joselito Bonifácio; BURNS, Victor Alexander

Contrato. **Iniciativas do governo federal para o desenvolvimento da Região Norte e oportunidades de atuação coordenada.** In: SIFFERT, Nelson; CARDOSO, Marcus; MAGALHÃES, Walsey de Assis; e LASTRES, Helena Maria Martins (Org.). **Um olhar territorial para o desenvolvimento: Amazônia.** Rio de Janeiro: BNDES, 2014.

DUPRAT, Deborah. **A Convenção n.169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada.** In.: DUPRAT, Deborah (Org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais.** - Brasília: ESMPU, 2015.

MARÉS, Carlos Frederico; LIMA, Liana Amin; OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.). **Protocolos de consulta e o direito à livre determinação.** – São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019.

MOREIRA, Eliane; e MIRANDA, João Paulo Rocha de. **O direito à participação de grupos vulneráveis: povos indígenas e comunidades tradicionais.** In: DINNEBIER, Flávia França (Org.); e MORATO, José Rubens (Org.). **Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza.** – São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017.

MOURÃO, Kleber Antonio da Costa; e SILVA, Sérgio Felipe Melo da (Org.) **Reflexões acerca do desenvolvimento da Amazônia no século XXI.** Belém: Editora Folheando, 2018.

MOURÃO, Kleber Antonio da Costa; LIMA, Celso Ângelo de Castro; AMIN, Mario Miguel; e JUNIOR, Jorge Santos Anete. **A Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR) como instrumento de gestão do desenvolvimento econômico da Amazônia Legal.** In: MOURÃO, Kleber Antonio da Costa; e SILVA, Sérgio Felipe Melo da (Orgs.). **Reflexões acerca do desenvolvimento da Amazônia no século XXI.** Belém: Editora Folheando, 2018.

PAVAN engenharia e Participações Ltda. **Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA. Projeto Fepasa.** 2015. Disponível via e-mail: ferrovia.paraense@sedeme.com.br.

SEDEME – Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Mineração e Energia; e TERRA LTDA. **Relatório de Impacto Ambiental-RIMA: Ferrovia Paraense S.A.** 2017. Disponível em <http://sedeme.pa.gov.br/wp-content/uploads/2017/06/RIMA.pdf>. Acesso em 22 de março de 2019.

YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Lúcia Alberta Andrade de. (Orgs.). **A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Livre, Prévia e Informada.** – Brasília: Funai/GIZ, 2013.

ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens. **Desenvolvimento e conflitos ambientais: Um novo campo de investigação.** In.: ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens (Org.). **Desenvolvimento e conflitos ambientais.** – Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

DE ESCRAVIZADO A CIDADÃO: UMA ANÁLISE DA CIDADANIA DOS NEGROS EM TEMPOS ATUAIS

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 06/05/2020

Carlos Alberto Ferreira dos Santos

Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS)

<http://lattes.cnpq.br/5719642089148615>

João Batista Santos Filho

Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS)

<http://lattes.cnpq.br/2797442149617061>

Maria Lenilda Caetano França

Universidade Federal de Sergipe (PPGED/UFS)

<http://lattes.cnpq.br/1842259102357566>

RESUMO: O propósito da pesquisa é analisar a condição do negro escravizado nos tempos do Império no Brasil, o qual era tido como mera mercadoria, bem como a sua atual condição de cidadão, possuindo direitos e não apenas deveres. As estatísticas demonstram que a população negra tem sofrido para exercer de forma plena a sua cidadania, visto que os seus direitos têm sido negados e continuam a ser marginalizados tanto pelo Estado como pela sociedade, configurando assim um racismo advindo desde a época do Império, contribuindo significativamente para uma permanente desvalorização do cidadão negro. A metodologia está delineada pelo estudo

histórico, de caráter dedutivo. O estudo contribui para reflexão sobre a vivência da população negra no território brasileiro e os mecanismos para efetiva valorização desta população, a qual contribui com o crescimento cultural e econômico da nação.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadãos negros, Racismo, Dignidade da pessoa afrodescendente.

FROM SLAVERY TO CITIZENS: AN ANALYSIS OF THE CITIZENSHIP OF BLACKS IN CURRENT TIMES

ABSTRACT: The purpose of the research is to analyze the condition of black enslaved in the times of the Empire in Brazil, which was considered as a mere commodity, as well as its current status as a citizen, possessing rights and not just duties. Statistics show that the black population has suffered to fully exercise their citizenship, as their rights have been denied and continue to be marginalized by both the state and society, thus constituting a racism arising from the time of the Empire, contributing significantly to a permanent devaluation of the black citizen. The methodology is outlined by the deductive historical study. The study contributes to reflection on the experience of the

black population in the Brazilian territory and the mechanisms for effective valorization of this population, which contributes to the cultural and economic growth of the nation.

KEYWORDS: Black citizens, Racism, Dignity of the person of African descent.

1 | INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, apresenta como um dos seus fundamentos a cidadania e também a dignidade da pessoa humana, respaldando tais valores, tendo em vista que “todo poder emana do povo”. Tendo a compreensão do tratamento de igualdade, sem distinção de qualquer natureza que a lei maior do Estado brasileiro brinda todos os cidadãos, indagamos se o afrodescendente tem ocupado espaços de poder para além da letra constitucional?

Nessa seara, os meios de comunicação têm noticiado constantemente casos de racismo ou injúria racial. De acordo com o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (BRASIL, 2018) no ano de 2018 foram realizadas 615 denúncias de discriminação racial. Cabe destacar que além de sofrer constantemente com atos criminosos, a população negra ainda sofre com um maior número de desemprego, ou seja, são 14,5% de desempregados negros, 14% de pardos e 9,5% de brancos, segundo dados da Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio), divulgados pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) no segundo trimestre de 2019, significando que entre negros e pardos são 64,3% do total de desempregados, chegando assim ao número de 8,2 milhões, sendo no total 12,8 milhões de desempregados, configurando num quadro de que para cada 3 desempregados, 2 são negros/pardos (SARINGER, 2019).

Nessa trilha de proposições, essa pesquisa apresenta como problemática: A população negra tem sido alvo de crimes raciais de forma contínua, sofre marginalização advinda da escravidão, pois não foi dado auxílio para que os ex-escravos pudessem viver dignamente, sofrendo as consequências oriundas dos tempos em que eram tidos como mercadoria, pois ainda recebem os piores salários, compreendem a maior taxa de desempregados e vivem em espaços onde impera a falta de dignidade humana. A partir dos tristes dados já apresentados, o Brasil tem buscado promover a cidadania do negro ou tem sido omissivo/conivente com a realidade social desta população?

O objetivo primordial do estudo é analisar a efetividade da cidadania da população negra no Brasil no decorrer dos anos após o rompimento da escravidão, ou seja, do fim século XIX até os tempos atuais. Para alcançar tal objetivo, usamos como metodologia o estudo histórico, analisando a bibliografia concernente ao tema investigado, tendo como método principal o dedutivo, visto que inicia-se a partir das premissas gerais vinculadas a escravidão dos negros, chegando-se assim as particularidades advindas do período escravocrata.

Desse modo, dividimos o texto em três tópicos. O primeiro versa sobre o tratamento dado aos negros nos tempos da escravidão no Brasil. O segundo trata sobre como a população negra, após a libertação conferida pela Lei Áurea, foi recebida pelo Brasil, ou seja, busca-se verificar como foi iniciada a marginalização do negro na sociedade, inclusive com a criminalização de sua cultura por legislação da época. O terceiro tópico esclarece a cidadania dos negros no século XXI amparada tanto pela Constituição Federal de 1988, quanto por leis criadas posteriormente com o propósito de fortalecer e proteger os negros dos abusos cometidos, os quais impedem o exercício da cidadania.

Por fim, apresentamos as considerações finais, as quais possibilitam vislumbrar a problemática evidenciada fomentando o senso crítico no leitor e possibilitando a compreensão da condição do negro cidadão em tempos atuais. Desse modo é importante evidenciar a relevância de pesquisas como essa no campo do direito educacional, contribuindo para efetivar a cidadania dos negros no Brasil.

2 | CORPOS NEGROS NOS TEMPOS DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL

A escravidão dos negros no Brasil durou mais de três séculos. Em 13 de maio de 1888, através da Lei Imperial nº 3.353/1888 (Lei Áurea), a população negra tornou-se livre. Mas, até a libertação foram anos de maldades, humilhações e até mesmo assassinatos com requintes de crueldade.

Informa Laurentino Gomes (2019, p. 24) sobre os nefastos anos da escravidão dos negros no Brasil:

O Brasil foi o maior território escravista do hemisfério ocidental por quase três séculos e meio. Recebeu, sozinho, quase 5 milhões de africanos cativos, 40% do total de 12,5 milhões embarcados para a América. Como resultado, é atualmente o segundo país de maior população negra ou de origem africana do mundo. Os afrodescendentes brasileiros, classificados nos censos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) como pretos e pardos, somam hoje cerca de 115 milhões de pessoas, número inferior apenas à população da Nigéria, de 190 milhões de habitantes, e superior à da Etiópia, o segundo país africano mais populoso, com 105 milhões. O Brasil foi também a nação que mais tempo resistiu a acabar com o tráfico negreiro e o último a abolir oficialmente o cativeiro no continente americano, em 1888 – quinze anos depois de Porto Rico e dois depois de Cuba.

Importante destacar que o fato do Brasil ter sido o território no mundo com o maior número de escravos advindos da África é a prova que a nação brasileira foi construída com a força, o suor e as lágrimas dos negros, os quais eram tidos como uma mera coisa, não possuíam dignidade alguma, vivendo sob os ditames do seu dono.

A população negra nos anos da escravidão possuía apenas função de servidão, os seus saberes, a sua cultura era vista com maus olhos, sendo que havia inclusive ideias que visavam o embranquecimento da nação brasileira. Prossegue Laurentino Gomes (2019, p. 29-30) em relação ao pensamento vigente no século XIX sobre a importância do “branqueamento da população, ou seja, uma tentativa se distanciar da cultura advinda

da África:

No Brasil do século XIX, em paralelo ao movimento abolicionista, havia projetos de “branqueamento” da população, com o apoio disseminado entre os dirigentes e intelectuais tanto do império quanto do movimento republicano. Os programas de imigração europeia tinham exatamente esse objetivo: eram uma forma de contrabalançar o número e a influência dos africanos no Brasil, que, na visão das autoridades da época, seria excessivo e comprometeria o desenvolvimento futuro do país. “O Brasil não é, nem deve ser, o Haiti”, alertava, em 1881, o crítico literário, promotor, juiz e deputado sergipano Silvio Romero. “A vitória na luta pela vida, entre nós, pertencerá, no porvir, ao branco, insistia em seu livro *A literatura brasileira e a crítica moderna*, de 1880. Para isso, defendia, seriam necessários, “de um lado, a extinção do tráfico africano e o desaparecimento constante dos índios, e, de outro, a imigração europeia”.

Ao fim da escravidão, os negros tiveram dificuldades para conseguir trabalho remunerado, mesmo por que o Estado promoveu a vinda de europeus para trabalharem e contribuírem inclusive para o “branqueamento” populacional, fato esse que pode ser comprovado com o Decreto nº 528/1890 que em seu artigo 1º que possibilitava a vinda de trabalhadores, mas indígenas da Ásia e pessoas da África tinham que ter autorização do Congresso Nacional, caso fossem aceito tinham condições que seriam estipuladas e obviamente tendo que ser cumpridas.

Outro ponto crucial para entender até mesmo circunstâncias atuais vivenciadas pela população negra é que houve após o fim da escravidão, a criminalização do negro, prova disso é a implementação no ordenamento jurídico do Código Penal Brasileiro de 1890, em que havia um capítulo denominado “Dos vadios e capoeiras” no qual constata-se claramente no artigo 402 a real intenção de criminalizar a conduta dos ex-escravos:

Art. 402. Fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal:

Pena - de prisão cellualar por dous a seis mezes.

Parapho unico. E' considerado circumstancia aggravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta (BRASIL, 1890).

É perceptível com a leitura do artigo 402 do Código Penal Brasileiro de 1890 que havia uma perseguição direcionada aos negros. A capoeira era proibida, não podia inclusive ser visto correndo. Diante disso, o negro continuou a não ter dignidade, não sendo visto como um cidadão. José Murilo de Carvalho (2010, p. 53) assevera no que concerne à cidadania do negro na época da escravidão e em momento posterior à Lei Áurea:

As consequências da escravidão não atingiram apenas os negros. Do ponto de vista que aqui nos interessa –, a escravidão afetou tanto o escravo como o senhor. Se o escravo não desenvolvia a consciência de seus direitos civis, o senhor tampouco o fazia. O senhor não admitia os direitos dos escravos e exigia privilégios para si próprio. Se um estava abaixo da lei, o outro se considerava acima. A libertação dos escravos não trouxe consigo a igualdade efetiva. Essa igualdade era afirmada nas leis, mas negada na prática. Ainda hoje, apesar das leis, aos privilégios e arrogância de poucos correspondem o desfavorecimento e a humilhação de muitos.

Compreende-se a partir da citação de José Murilo de Carvalho (2010) que o fato do senhor se sentir acima da lei contribuía para que o negro não tivesse os seus direitos respaldados. Cabe ressaltar que diversas leis ao longo dos anos foram implementadas para melhorar a vida do negro e que serão analisadas no decorrer do estudo acadêmico, mas cabe dizer que de fato a “arrogância de poucos correspondem o desfavorecimento e a humilhação de muitos”, conforme dito pelo autor explica a não efetivação da cidadania da população negra.

3 | A POPULAÇÃO NEGRA APÓS O FIM DA ESCRAVIDÃO EM 1888

O fim da escravidão foi um momento de grande comemoração para os negros. Mas, logo após a felicidade de terem se tornado livres, veio a realidade. Ou seja, como se daria o seu sustento, onde iriam morar? A verdade é que desde o início foram marginalizados e contribuindo assim para o crescimento de favelas em diversas cidades do país, tais como o Rio de Janeiro.

Assevera José Murilo de Carvalho (2010, p. 52) acerca da vida dos negros após Lei Imperial nº 3.353/1888 (Lei Áurea):

No Brasil, aos libertos não foram dadas nem escolas, nem terras, nem empregos. Passada a euforia da libertação, muitos ex-escravos regressaram a suas fazendas, ou a fazendas vizinhas, para retomar o trabalho por baixo salário. Dezenas de anos após a abolição, os descendentes de escravos ainda viviam nas fazendas, uma vida pouco melhor do que a de seus antepassados escravos. Outros dirigiram-se às cidades, como o Rio de Janeiro, onde foram engrossar a grande parcela da população sem emprego fixo. Onde havia dinamismo econômico provocado pela expansão do café, como em São Paulo, os novos empregos, tanto na agricultura como na indústria, foram ocupados pelos milhares de imigrantes italianos que o governo atraía para o país. Lá, os ex-escravos foram expulsos ou relegados aos trabalhos mais brutos e mais mal pagos.

Torna-se perceptível que os libertos foram deixados à própria sorte, ou seja, não receberam nenhum tipo de auxílio, nada por ter contribuído com o enriquecimento dos seus senhores. Além disso, os negros poderiam ter sido remunerados pelo trabalho nas lavouras de café, em Estados como o de São Paulo, mas a opção foi empregar europeus, trazer povo branco para também contribuir para o embranquecimento populacional.

A vida da população negra após o fim da escravidão continuou a ser sofrida. Sofrimento causado pela falta de emprego e moradia, como já expressado por José Murilo de Carvalho (2010), muitos ex-escravos retornaram para as fazendas dos seus ex-senhores para receber baixo salário. Além disso, a perseguição também foi dada pelo Estado, pois ocorreu a criminalização da cultura advinda das senzalas, já que a capoeira não poderia ser praticada, tendo sido incluída no Código Penal Brasileiro de 1890 como ato criminoso.

Informa Juliana Borges (2018, p. 76) sobre a criminalização do negro após o ano de 1888:

Com o crescimento das cidades, diversas são as ações tomadas no período objetivando o aumento da vigilância sobre os negros e pobres livres. A polícia ganha outros contornos e a vadiagem, embasada e definida por valores morais e raciais de que as “classes menos favorecidas” eram preguiçosas, corruptas e imorais, alimentavam o imaginário do que se entenderia como “crime” e da representação do sujeito que seria criminalizado, o “criminoso”. A capoeiragem, por exemplo, foi inserida no Código Penal Brasileiro, em 1890, intensificando ainda mais o controle social sobre negros. Além disso, um conjunto de leis foram sendo promulgadas e intensificadas criminalizando a cultura afro-brasileira como o samba e os batuques, as religiões, as reuniões musicais que passaram a ter que ser registradas nas delegacias e sofriam forte repressão.

O negro que antes não era cidadão após a sua libertação tornou-se um ser humano com direitos. Direitos que não foram assegurados, a perseguição continuou de forma declarada e presente inclusive na legislação. A vadiagem era algo relacionado ao negro, a sua dança, a sua música proibida.

Cabe citar também que aos europeus foram dadas diversas regalias que visavam contribuir para a vinda para os trabalhadores brancos, conforme pode-se comprovar com o Decreto nº 9.081/1911 que regulamentava o serviço de povoamento no início do século XX, conforme cita o artigo 5º do supracitado Decreto:

Art. 5º Enquanto não fôr suficiente a entrada de imigrantes espontaneos no paiz, a União fornecerá gratuitamente aos estrangeiros que exerçam a profissão de agricultores e queiram vir acompanhados de suas familias, ou a chamado das mesmas, uma vez que estejam nos casos de ser acolhidos como imigrantes, no termos do art. 2º, e venham estabelecer-se como proprietarios ruraes:

1º, passagens de 3ª classe desde o ponto de embarque até o Rio de Janeiro ou qualquer outro porto nacional, em que esteja montado o serviço de recebimento e hospedagem;

2º, recebimento nos mesmos portos, desembarque de pessoas e bagagens, agasalho, alimentação, tratamento medico e medicamentos, em caso de doença na chegada e pelo tempo indispensavel, até, seguirem para a localidade escolhida;

3º, transporte em estradas de ferro ou linha de navegação a vapor até a estação ou porto de destino;

4º, isenção de direitos para bagagem, instrumentos agricolas ou de sua profissão, de accôrdo com a legislação em vigor;

5º, esclarecimentos e informações por intermedio de interpretes que os acompanharão sempre que fôr necessario.

Nota-se que para os europeus que optassem em vir para o Brasil trabalhar foram dados diversos benefícios, tais como pagamento de passagens, tratamento médico, intérprete, dentre outros. Importante lembrar que os negros escravizados vieram em horrendos navios negreiros e possuíam apenas deveres com os seus donos.

Importante ressaltar que a autoestima da população negra foi extremamente enfraquecida. O racismo era algo considerado natural, para se ter uma ideia a primeira lei a tratar acerca do racismo foi a Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390/1951), mas era tido como uma contravenção penal, sendo que a primeira pessoa a fazer uso da citada legislação

foi a jornalista Glória Maria que foi impedida de entrar em um hotel por ser negra (UOL, 2019).

No ano de 1989, aproximadamente 101 anos após o fim da escravidão, o ato de ridicularizar e menosprezar um negro por sua cor/raça torna-se crime no Brasil. A Lei nº 7.716/1989 cabe ressaltar que não inclui apenas a cor/raça como racismo, mas também a religião e procedência nacional.

O Código Penal que está em vigência também há como forma de punir preconceituosos de raça, a tipificação penal injúria racial (art. 140, § 3º), que surgiu em 2003 no ordenamento jurídico a partir da Lei nº 10.471/2003 e, busca punir que profere palavras e atos voltados não para a coletividade que seria racismo e sim para um indivíduo como forma de humilhá-lo.

Importante evidenciar que o fim da escravidão dos negros resultou em uma vida de constante humilhações. As chicotadas deixaram de existir, mas a marginalização social do negro é evidente. As favelas possuem em sua maioria negros. Os brancos possuem os melhores empregos e uma melhor escolarização. Diante dessa terrível perspectiva, o próximo tópico, analisa a cidadania da população negra frente uma nova visão de mundo presente no século XXI e que fomentou o surgimento de novas leis e políticas públicas para trazer dignidade para o povo que foi escravizado e que merece total atenção e apoio do Estado que contribuiu para a sua segregação social.

4 | A CIDADANIA DOS NEGROS E NEGRAS EM TEMPOS ATUAIS

Ser cidadão é participar de forma ativa da sociedade, significa possuir direitos assegurados pelo Estado e deveres para com o mesmo. Explica Maria de Lourdes Manzini Covre (2002, p. 9) acerca do que é ser cidadão de uma forma mais abrangente:

Podemos afirmar que ser cidadão significa ter direitos e deveres, ser súdito e ser soberano. Tal situação está descrita na Carta de Direitos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, que tem suas primeiras matizes marcantes nas cartas de Direito dos Estados Unidos (1776) e da Revolução Francesa (1798). Sua proposta mais funda de cidadania é a que todos os homens são iguais ainda que perante, sem discriminação de raça, credo ou cor. E ainda: a todos cabem o domínio sobre seu corpo e sua vida, o acesso a um salário condizente para promover a própria vida, o direito à educação, à saúde, à habitação, ao lazer. E mais: é direito de todos poder expressar-se livremente, militar em partidos políticos e sindicatos e fomentar movimentos sociais, lutar por seus valores. Enfim, o direito de ter uma vida digna de ser homem.

Compreende-se a partir do esclarecimento de Maria de Lourdes Manzini Covre (2002) que ser cidadão é viver de forma digna, independente da cor, ou seja, algo que é estabelecido na Constituição Federal de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”.

O século XXI tem se mostrado um período em que as vozes dos oprimidos têm surtido algum efeito, pelo menos no que concerne ao surgimento de leis que buscam

fomentar a ampliação de direitos ou propiciar a igualdade, sendo um exemplo notório o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), no qual informa em seu artigo 2º:

Art. 2º É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais.

Com base na Lei nº 12.288/2010 que o Estado brasileiro tem a responsabilidade de propiciar a igualdade de oportunidades. Significa dizer que brancos e negros devem ter acesso de forma igualitária a educação, saúde, emprego, etc. Frisa-se que o supracitado ordenamento jurídico é de 2010 e em pleno 2020 é possível notar que há de fato igualdade de oportunidades para brancos e negros?

Respondendo ao questionamento acima é nítido que essa igualdade ainda está muito distante de acontecer de forma efetiva para todos os cidadãos negros. Um ponto crucial que impede a ascensão do negro na sociedade brasileira é o que se denomina racismo institucional.

O racismo institucional é perceptível e fere a dignidade da pessoa negra. As instituições públicas ainda em pleno século XXI possuem atitudes tidas como racistas e obviamente isso serve de mal exemplo para a sociedade. Diante dessa cruel realidade, deputados federais negros apresentaram, na Câmara dos Deputados em novembro de 2019, o Projeto de Lei 5885/19, que visa combater o racismo institucional. Enfatiza a justificativa do supracitado Projeto de Lei:

Mas não é só na violência que o racismo e a desigualdade racial mostram suas faces. Eles também estão presentes na desigualdade de renda e no acesso à educação. O salário médio dos negros é quase a metade do salário dos brancos e a situação só piora se considerarmos a situação da mulher negra, cuja renda equivale a 42% da renda de homens brancos. A este respeito, inclusive, segundo a pesquisa Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 Maiores Empresas do Brasil e Suas Ações Afirmativas, realizada em 2010, as mulheres negras ocupavam apenas 1,6% dos cargos de gerência e 0,4% dos cargos executivos.

Na educação, em 2016, a taxa de analfabetismo entre negros era de 11%, enquanto a de brancos era de 5%. No mesmo ano, 70,7% dos brancos com mais de 14 anos frequentavam a escola, enquanto a taxa entre negros era de pouco mais de 50%. Enquanto isso, o percentual de negros no ensino superior equivale a menos da metade daquele verificado entre os jovens brancos, apesar de o acesso de negros ter quase dobrado entre 2005 e 2015, graças à implementação das políticas de cotas. Na idade em que deveriam estar na faculdade, 53,2% dos negros estão cursando o nível fundamental ou médio.

Importante destacar que a iniciativa dos deputados negros pode sim ser benéfica para a população negra. No entanto, a preocupação que fica é que seja apenas mais uma lei. Ou seja, se for aprovado o Projeto de Lei e ocorrer efetividade de suas diretrizes e com isso mudar as estruturas racistas das instituições públicas, isso será algo de extremo valor para a população negra. De imediato, o que se tem de positivo é que a divulgação

da iniciativa parlamentar fomenta discussões que devem sim existirem, para que assim o racismo que é crime desde 1989 seja algo inexistente em uma sociedade plural e que está no século XXI ainda tendo um comportamento do século XIX, ou seja, algo completamente inadequado e criminoso.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Insta salientar que a legislação pátria tem evoluído conforme as necessidades da sociedade brasileira. Surgiram leis de proteção e ampara as mulheres, aos idosos, pessoas com deficiência e também para a população negra.

Enfatiza-se que no papel as leis de proteção, amparo e fomentação de políticas públicas para a população negra é linda. No entanto, na prática a realidade é outra, os negros ainda sofrem com a sal marginalização perante o Estado e a sociedade conforme diversos dados apresentados ao longo do estudo acadêmico.

Para que de fato a população negra tenha a sua cidadania totalmente assegurada, o Estado deve cumprir o que determina as leis que estão vigentes para promover uma vida digna para os negros. Não basta criar leis, deve-se primar por criar os mecanismos necessários para a sua devida implementação e nítido que o Estado tem falhado em cumprir o seu ordenamento jurídico. Enquanto, isso negros sofrem com falta de educação, saúde, emprego. Sendo assim, a promoção da cidadania dos negros está no papel, mas basta ir nas favelas, nos presídios e nas enormes filas dos hospitais para visualizar a dor e sofrimento da população negra.

REFERÊNCIAS

BORGES, Juliana. **O que é:** encarceramento em massa? Belo Horizonte – MG: Letramento: Justificando, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <<https://bit.ly/1bJYIGL>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 847**, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<https://bit.ly/2C1ISDX>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<https://bit.ly/18kAH0G>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.353**, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <<https://bit.ly/2pjAJ95>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 1.390**, de 3 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Disponível em: <<https://bit.ly/2r2UkMQ>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <<https://bit.ly/1Kalm6E>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.288**, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <<https://bit.ly/1zZIfCA>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 528**, de 28 de Junho de 1890. Regularisa o serviço da introdução e localização de imigrantes na Republica dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em: <<https://bit.ly/35Gd6bP>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 9.081**, de 3 de Novembro de 1911. Dá novo regulamento ao Serviço de Povoamento. Disponível em: <<https://bit.ly/36W8bVr>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 5885/2019**. Dispõe sobre o enfrentamento ao racismo institucional e altera as Leis nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; 13.460, de 26 de junho de 2017; 13.675, de 11 de junho de 2018; e nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Disponível em: <<https://bit.ly/37DAuJ2>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Deputados negros apresentam projeto contra racismo institucional. Publicado em 06 nov. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta estabelece medidas para enfrentar racismo institucional**. Publicado em 06 nov. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2Dd8NZl>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

GOMES, Laurentino. **Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos palmares**. Volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

MANZINI COVRE, Maria de Lourdes. **O que é cidadania**. São Paulo: Brasiliense, 2002.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS (MMFDH). **Ministério recebe mais de 600 denúncias de discriminação racial**. Publicado em 12 jun. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2Dm5eAf>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

SARINGER, Giuliana. **Negros respondem por dois em cada três desempregados no país**. In: R7 Economia. Publicado em 22 ago. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2rAaNZq>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

UOL. Glória Maria revela processo contra gerente de hotel após racismo. Publicado em 20 set. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2YcNNLZ>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA NO QUE SE REFERE À ENERGIA NUCLEAR E SUA INTERFERÊNCIA NA VIDA E NOS DIREITOS DE CADA INDIVÍDUO

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 30/06/2020

Victor Lozovoi Figueiredo de Araújo

Universidade Federal do Amazonas.

Manaus – Amazonas.

<http://lattes.cnpq.br/9595476055257854>

José Roque Nunes Marques

Universidade Federal do Amazonas.

Manaus – Amazonas

<http://lattes.cnpq.br/7320451610049895>

RESUMO: O presente artigo pretende fazer uma análise acerca do uso da Energia Nuclear em território brasileiro e da sua falta de rigor no que se refere à escolha da localização para a construção de Usinas Nucleares, além de apontar os perigos nestas contidos, fazendo também uma rápida análise acerca dos resíduos radioativos gerados por estas Usinas. Tal artigo pauta-se em uma profunda e detalhada revisão bibliográfica e documental acerca do tema em análise. A interferência da ciência no modo de vida de determinadas sociedades apresenta-se como tema relevante, o qual, através deste artigo, é discutido profundamente, além de apresentar possíveis soluções para os

problemas anteriormente citados.

PALAVRAS-CHAVE: Ciência, Direito, Energia Nuclear, Usina Nuclear.

THE EVOLUTION OF SCIENCE WITH REGARD TO NUCLEAR ENERGY AND ITS INTERFERENCE IN THE LIFE AND RIGHTS OF EACH INDIVIDUAL

ABSTRACT: This article aims to make an analysis about the use of nuclear energy in Brazil and its lack of rigor as regards the choice of location for the construction of nuclear plants in Brazil, while pointing out the dangers in these contained, making also a brief analysis about the radioactive waste generated by these plants. This article is guided in a deep and detailed literature and documents on the subject in analysis review. The interference of science in the way of life of certain companies is presented as a relevant theme which through this article, is discussed deeply, and present possible solutions to the problems mentioned above.

KEYWORDS : Science, Right, Nuclear Energy, Nuclear Plant.

1 | INTRODUÇÃO

Algumas pesquisas desenvolvidas recentemente por E. Fermi e L. Szilard, cujas comunicações me foram entregues em manuscritos, induziram-me a considerar que o elemento urânio possa ser transformado, num futuro próximo, em uma nova e importante fonte de energia. Alguns aspectos da situação justificam uma certa vigilância e uma rápida intervenção por parte da administração estatal. Albert Einstein¹

A partir do século XX a ciência deu um grande salto, tornando-se uma das principais aliadas das nações. Em busca do melhoramento bélico para as guerras existentes nesse século, grandes investimentos foram feitos, dando início a uma verdadeira corrida em busca de novas descobertas. Após todo o drama vivido nessa época em que a paz não se fazia presente no planeta e que as disputas políticas eram mais importantes que vidas, o que foi aperfeiçoado e descoberto com a guerra pôde enfim ser usado em proveito das populações. Novas formas de energia visando o menor impacto na natureza passaram a ser usadas, dentre elas, a energia nuclear.

Em 26 de junho de 1954, surge a primeira usina nuclear do mundo. Em um período de extrema tensão por conta do recente fim da segunda grande guerra, uma das maiores potências da época, União Soviética, deu um importante passo para a ciência implementando a primeira usina nuclear do mundo, na cidade de Obninsk, localizada a cerca de 40 km de Moscou.

Desde então, diversos outros países passaram a investir nessa forma de energia. Com a vantagem de não necessitar de uma grande área de alagamento, como no caso das Usinas Hidrelétricas, vários países em que os recursos hídricos são escassos ou que não apresentam outros meios para obtenção de energia de forma expressiva passaram a adotar esta fonte de energia como sendo uma das suas principais, com no caso da França, onde cerca de 77% da matriz energética do país corresponde a esse tipo de energia.

Outra grande vantagem apresentada pelos defensores dessa forma de energia é por esta ser uma forma de obtenção de energia sustentável. Como aborda Antônio Teixeira e Silva em seu artigo “O futuro da energia nuclear”:

Atender às metas de sustentabilidade inclui fornecer um sistema de geração de energia sustentável, substituindo fontes de energia poluidoras e promovendo a efetiva utilização do combustível nuclear. (SILVA, 2007, p. 39).

A utilização de energia nuclear transmite uma ideia de energia limpa e segura, podendo, de certa forma, encobrir os riscos nela existentes. No mundo, diversos desastres tornaram-se conhecidos, como o de Chernobyl, cujo deixou cerca de 30 mil mortos e milhares de pessoas afetadas pela radiação.

No Brasil, as usinas nucleares não detêm de regulamentação direta quanto ao local em que são alocadas, não podendo as populações de cidades vizinhas ao local de construção da usina demonstrar suas opiniões a respeito disso, tornando os moradores

¹ EINSTEIN, Albert. Trecho de carta enviada ao então presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt, a qual trata acerca da utilização da Energia Nuclear para uso bélico.

de localidades próximas vulneráveis a possíveis desastres que possam vir a acontecer.

Além de uma importância social, este artigo apresenta também relevância ao meio acadêmico, ou científico. Ao tornar evidente a falta de regulamentação nos casos aqui apresentados, abre-se espaço para reflexão acerca disso, podendo a lei intervir e finalmente regulamentá-los. Com isso, torna-se possível que a comunidade acadêmica conheça os limites e medidas necessárias para execução de futuros projetos sem correrem maiores riscos, sendo estes reduzidos consideravelmente.

O presente artigo versará sobre os riscos envolvidos na utilização da Energia Nuclear no Brasil no que se refere a sua falta de regulamentação quanto à escolha dos locais de construção das Usinas Nucleares, além de apresentar alternativas que possam vir a diminuir os danos sofridos pelas populações atingidas por eventuais problemas que possam vir a acontecer. Além disso, um breve direcionamento para a questão da fiscalização das usinas nucleares em solo nacional tornar-se-á evidente, tendo em vista uma breve reflexão sobre esse tema.

Faz-se necessário mencionar, por fim, que este artigo pauta-se em uma profunda e detalhada revisão bibliográfica e documental acerca dos temas em análise. A interferência científica no modo de vida as espécies e sua falta de regulamentação apresentam-se como temas relevantes, sendo viável um estudo detalhado sobre o mesmo.

2 | O SURGIMENTO DA ENERGIA NUCLEAR

Antes de tratarmos sobre a descoberta da Energia Nuclear, faz-se necessário que um breve resumo sobre alguns conceitos que são importantes para o entendimento dessa forma de energia sejam explicados, a fim de uma melhor fluidez na leitura deste artigo.

Inicialmente, devemos retornar ao século V, onde tivemos a descoberta do Átomo. O primeiro a dar uma definição ao Átomo foi o filósofo grego Demócrito de Abdera, o qual dizia que o Átomo era a menor parte constituinte da matéria.

Avançando ao ano de 1897, JJ Thompson anunciou a descoberta de partículas com carga negativa que ele chamou de Elétrons, as quais são células que estão em órbita em torno de um núcleo. Para um melhor entendimento, é com se estes Elétrons fossem planetas que orbitam o sol.

O físico francês Antoine-Henri Becquerel, no ano de 1896, descobriu o que viria a ser denominado como Radioatividade, fenômeno o qual determinadas substâncias, tais como sais de urânio, produzem radiação penetrante de origem desconhecida.

No final de 1938 ocorreu a descoberta de uma das principais formas para obtenção da energia nas Usinas Nucleares existentes hoje em dia, a fissão nuclear. Lise Meitner e Otto Frisch puderam deduzir que o urânio, ao ser bombardeado por nêutrons, ele captura um nêutron o divide em dois fragmentos, liberando uma grande quantidade de energia.

A partir destas e de outras descobertas, Einstein, em 1939, envia uma carta acerca

da construção de bombas nucleares ao então presidente dos Estados Unidos da América, Franklin Delano Roosevelt, na qual consta o seguinte trecho:

Alguns trabalhos recentes de E. Fermi e L. Szilard, que me foram comunicados em manuscrito, levaram-me a crer que o elemento urânio possa ser transformado em uma nova e importante fonte de energia em um futuro próximo. Certos aspectos da situação que se criou parecem exigir atenção e, se necessário, rápida ação por parte da Administração. Creio, portanto, que é meu dever trazer a sua atenção para os seguintes fatos e recomendações:

No decorrer dos últimos quatro meses, foi provado - através do trabalho de Joliot na França, bem como de Fermi e Szilard na América - que é possível a criação de uma reação nuclear em cadeia em uma grande massa de urânio, através da qual vastas quantidades de energia e grandes quantidades de novos elementos semelhantes ao rádio são gerados. Agora, parece quase certo que isso possa ser conseguido em um futuro próximo.

Esse novo fenômeno levaria também à construção de bombas e é concebível - embora não tão certamente - que bombas extremamente poderosas de um novo tipo possam ser construídas. Uma única bomba deste tipo, carregada por um barco e explodida em um porto, pode muito bem destruir todo o porto, juntamente com parte do território circundante. (EINSTEIN. A. [carta] 2 de agosto de 1939, Peconic, Long Island [para] ROOSEVELT. F., Washington, D.C. 2f. Informa sobre a possibilidade de construção de Bombas Nucleares).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e seus efeitos catastróficos, sendo um deles o lançamento de bombas nucleares pelos Estados Unidos em cidades Japonesas, ocasionando instantaneamente a morte de milhares de pessoas e outras milhões afetadas em longo prazo pela radiação, iniciaram-se diversos projetos para evitar a utilização dessa tecnologia para fins bélicos.

No ano de 1968, a partir da observação dos efeitos causados pela utilização de armas nucleares em conflitos, foi assinado o Tratado de não proliferação de armas nucleares (TNP), o qual conta atualmente com a adesão de 189 países, cinco dos quais reconhecem ser detentores de armas nucleares: Estados Unidos, Rússia, Reino Unido, França e China.

No ano de 1954, mais exatamente no dia 26 de junho deste ano, na Rússia, entra em funcionamento a primeira Usina Nuclear do mundo, na cidade de Obninsk. O local tornou-se símbolo do triunfo da União Soviética durante a Guerra Fria e foi usada para fins civis e militares. Desde então, diversos outros países têm investido nessa forma de produção de energia, principalmente países com pequena extensão territorial, que não detêm de outras formas de produção de energia, ou quando dispõem, estas não suprem completamente a demanda.

No Brasil, a primeira Usina Nuclear a entrar em funcionamento foi Angra 1, no estado do Rio de Janeiro, iniciando suas atividades no dia 1 de abril de 1982. Atualmente, estão em funcionamento no Brasil as Usinas Nucleares de Angra 1 e Angra 2, além de uma terceira estar em construção, Angra 3. Quando esta estiver pronta, adicionará mais de 1000 megawatts de energia elétrica à disposição do Brasil, além dos 2000 megawatts já

produzidos por Angra 1 e Angra 2.

3 | CHERNOBYL: UM DESASTRE QUE ABRIU OS OLHOS DO MUNDO

Após a descoberta de novas fontes energéticas, uma reflexão acerca de qual seria a melhor opção de geração de energia tornou-se necessária, sendo intensificada com o aumento da temperatura e seus efeitos ocasionados pelo aquecimento global. A energia nuclear, dita como uma das mais limpas entre as existentes é alvo de intensa discussão sobre seus prós e contras. Por um lado, é considerada a energia mais viável no que se refere à quantidade energética produzida em relação à quantidade de poluentes liberados na atmosfera, por outro, mostra-se como uma ameaça constante às populações alocadas próximas as usinas nucleares, além do lixo tóxico que estas geram, necessitando que o descarte seja feito em lugares específicos e constante fiscalização.

Um exemplo desses “prós x contras” fica claro quando analisamos a história de Chernobyl, por exemplo. A Usina nuclear de Chernobyl está situada no assentamento de Pripyat, Ucrânia, 18 km a noroeste da cidade de Chernobyl. Pripyat é uma cidade a qual nasceu à partir da construção de Chernobyl e tinha o objetivo de abrigar os trabalhadores que estavam construindo a usina. Foi criada em 1970, mas só em 1979 foi oficialmente proclamada como uma cidade.

Apesar de ser uma cidade criada para abrigar os trabalhadores da usina, Pripyat mostrava-se como uma cidade próspera e em crescimento, passando a ser uma das zonas mais agradáveis de viver da antiga URSS. A cidade que inicialmente abrigava apenas os trabalhadores, em apenas 16 anos teve um crescimento de 40 mil habitantes.

Porém, nove anos após a inauguração do primeiro reator de Chernobyl, as operações dessa usina foram interrompidas pelo o que veio a ser o maior acidente nuclear da história, e um dos maiores desastres já ocorridos no mundo. No dia 26 de abril de 1986, o reator 4 de Chernobyl sofreu uma explosão de vapor que deu origem a um incêndio, e diversas explosões posteriores, ocasionando um derretimento nuclear.

Esse desastre, cujos efeitos são sentidos até hoje em regiões próximas, teve um total de 30 mil mortos e ao menos 10 milhões de pessoas atingidas pela radiação (dados obtidos 14 anos após o desastre).

4 | LOCALIZAÇÃO DAS USINAS NUCLEARES BRASILEIRAS E SEUS REJEITOS SÓLIDOS

Após décadas desse desastre, reflexões ainda pairam as mentes de muitos estudiosos quanto aos riscos dessa fonte de energia. No Brasil, segue uma discussão acerca da localização das usinas nucleares, seguindo em tramitação um projeto de lei

para regulamentar os locais de construção.

O ex-senador Itamar Franco, com a criação deste projeto de lei, o qual Dispõe sobre a localização, no território nacional, de usina que opere com reator nuclear, e de outras providências, tem o objetivo de regulamentar os locais de futuras construções de usinas nucleares em solo nacional, impondo regras a serem cumpridas.

Uma dessas principais regras é a aceitação das populações descritas no Artigo 2º deste projeto de lei através de referendo popular, o que fica claro no Artigo 1º do mesmo projeto e em seu parágrafo único:

Art. 1. A autorização para localização, em território nacional, de usina que opere com reator nuclear somente será expedida após a entrada em vigor da lei prevista no art. 225, § 6º, da Constituição Federal.

Parágrafo único. A lei a que se refere o “caput” deste artigo deverá prever sua entrada em vigor mediante aprovação em referendo popular, a ser convocado com a participação exclusiva da população residente nas áreas descritas no art. 2º desta Lei.”

Seguindo para o Artigo 2º de tal projeto, no que se refere às populações contempladas com o direito de escolherem entre a construção da usina em localidade próxima ou o veto, temos:

Art. 2. A localização a que se refere o art. 1º será determinada com a observância das seguintes margens de segurança:

I – fixação de Área de Exclusão – assim considerada a que circunscreva o reator nuclear, com raio de, no mínimo, 500 (quinhentos) metros e reservada à permanência de pessoas envolvidas com a sua operação.

II – demarcação de Área de Baixa População – considerada como tal a que circunscreva a Usina Nuclear, com raio de 40 (quarenta) quilômetros, onde a população total não seja superior a 25.000 (vinte e cinco mil) habitantes.

III – estabelecimento de Área de Afastamento de Centros Populacionais – assim considerada a que circunscreva a Área de Baixa População, com o prolongamento de seu raio, e que mantenha o reator nuclear afastado, pelo menos, 50 (cinquenta) quilômetros de qualquer centro populacional de mais de 25.000 (vinte e cinco mil) habitantes.

Pode-se observar que essa lei supriria, pelo menos em partes, a falta de regulamentação quanto à localização das usinas nucleares em solo nacional, diminuindo os riscos para as populações próximas.

Além dos riscos existentes no funcionamento de usinas nucleares, deve-se considerar também o descarte dos resíduos oriundos dessas usinas.

De acordo com as especificações da Eletrobrás a respeito dos resíduos dessas usinas, o Brasil, no que se refere às suas Usinas Nucleares de Angra 1, Angra 2 e Angra 3, os resíduos nucleares são classificados e armazenados de diferentes formas.

Os rejeitos sólidos de baixa e média atividade são acondicionados em embalagens metálicas, testadas e qualificadas pela CNEN (Comissão Nacional de Energia Nuclear) e transferidos para o depósito inicial, construído no próprio sítio da CNAEA (Central Nuclear

Almirante Álvaro Alberto). Já os elementos combustíveis de alta atividade são colocados dentro de uma piscina contendo um sistema de resfriamento no interior das usinas, este é considerado um depósito intermediário de longa duração, cercado de todos os requisitos de segurança exigidos internacionalmente.

Além do armazenamento dos resíduos, algumas medidas também são previstas caso haja algum problema com os reatores nucleares. Há um plano de ação para assegurar a proteção das populações que vivem próximas às usinas.

Quanto à disposição final dos rejeitos radioativos, constata-se que sua responsabilidade é estatal no Brasil. Entretanto, os custos do armazenamento definitivo dos resíduos devem ser suportados pelas entidades que os produzem (TAVARES, 2005).

Em se tratando da fiscalização destes depósitos de resíduos radioativos gerados pelas Usinas Nucleares, podemos recorrer a Lei no 10.308, de 20 de Novembro de 2001, a qual trata em seus Art. 10 e Art. 11 sobre este tema.

Art. 10. A responsabilidade pelo licenciamento de depósitos iniciais, intermediários e finais é da CNEN no que respeita especialmente aos aspectos referentes ao transporte, manuseio e armazenamento de rejeitos radioativos e à segurança e proteção radiológica das instalações, sem prejuízo da licença ambiental e das demais licenças legalmente exigíveis.

Art. 11. A fiscalização dos depósitos iniciais, intermediários e finais será exercida pela CNEN, no campo de sua competência específica, sem prejuízo do exercício por outros órgãos de atividade de fiscalização prevista em lei. (BRASIL, 2001)

Como podemos observar, a fiscalização destes depósitos de armazenamento de resíduos oriundos das Usinas Nucleares é feito pela própria CNEN, tendo esta praticamente o monopólio sobre a implementação e fiscalização das usinas nucleares brasileiras, criando assim impedimentos para a atuação de outros órgãos, tais como Ministério do Trabalho, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), no setor nuclear.

Buscando uma espécie de complemento à regulamentação existente, o Brasil participa das seguintes convenções internacionais: Convenção sobre a Responsabilidade Civil por Danos Nucleares (Convenção de Viena, 1993); Convenção sobre a Proteção Física de Material Nuclear (1987); Convenção sobre Pronto Resposta a um Acidente Nuclear (1991); Convenção sobre assistência em caso de acidente nuclear ou emergência radiológica (1991); Convenção sobre Segurança Nuclear (1997); Convenção n. 115 da Organização Internacional do Trabalho (1964) e Convenção Conjunta sobre a Segurança da Gestão do Combustível Irradiado e a Segurança da Gestão dos resíduos radioativos (2006).

Como podemos notar, o Brasil participa de um grande número de convenções, podendo ser considerada essa uma atitude que visa uma espécie de complemento à regulamentação existente no que se refere a essas usinas nucleares. Porém, ao fazermos uma análise, podemos concluir que essa pode ser comparada a uma “colcha de retalhos”,

ficando evidente a falta de uma regulamentação por parte do governo em si, se fazendo necessário preencher essas “lacunas” ocasionadas pela falta de leis regulamentadoras acerca do tema em questão em seu texto constitucional participando de tais convenções, passando uma ideia de que, desta forma, estaríamos protegidos e amparados.

No que se refere à fiscalização de tais usinas nucleares, o Brasil não dispõe de um órgão independente para tal. Existe uma proposta de criação de uma agência fiscalizadora desde 2009 aguardando uma análise pelos 11 ministérios integrantes do comitê de gerenciamento do setor nuclear do Brasil, porém, tal comitê não se reúne desde aquele ano.

Além de detentora do poder comercial de tudo relacionado a energia nuclear, a CNEN é detentora de poderes para, como consta na Lei 7.781/89, expedir normas, licenças e autorizações relativas a instalações nucleares, armazenamento e transporte do material nuclear, entre outros. Além disso, pode expedir regulamentos e normas de segurança e proteção relativas à construção e à operação de estabelecimentos destinados a produzir materiais nucleares e utilizar energia nuclear, além de ser a fiscalizadora de suas próprias atitudes.

Reforçando a ideia da necessidade de um órgão independente fiscalizador, Bermann (2012) diz que em função desta estrutura que a faz “fiscal de si mesma”, muitas instalações nucleares e radioativas da própria CNEN não estão licenciadas ou certificadas e apresentam-se fragilmente fiscalizadas.

5 | CONCLUSÃO

O uso da Energia Nuclear ainda levanta uma série de questionamentos quanto a sua eficácia. Apesar de ser, como citado anteriormente neste artigo, uma das formas de produção de energia com melhor custo-benefício, segundo cientistas, esta se mostra um tanto perigosa quando um governo não apresenta uma regulamentação própria, criada a partir dos interesses da sociedade.

Considerando o fato do Governo Brasileiro não direcionar a atenção necessária no que se refere à construção de novas usinas nucleares, torna-se evidente a falta de cuidados com as populações que podem vir a sofrer com eventuais desastres nucleares. Sendo assim, torna-se válida uma reformulação da regulamentação sobre a construção de novas usinas nucleares e suas garantias de segurança, garantindo assim a segurança das populações que viriam a viver próximo a tais Usinas, preservando seus direitos de escolha sobre aceitar ou não aceitar a construção de tais usinas, mantendo assim o equilíbrio e preservando não somente a vida humana, como das demais espécies. Além disso, deve-se considerar a criação de uma agência independente para a fiscalização das usinas nucleares brasileiras como sendo algo plausível, visto que estas não tem um órgão

independente fiscalizando-as, atuando como “fiscalizadora de si mesma”.

Por fim, vale ressaltarmos que as Usinas Nucleares mostram-se como uma boa fonte energética, desde que previamente planejadas e tendo diversas medidas de segurança, tanto para as pessoas que nestas trabalharão, quanto para as comunidades próximas a tais usinas, além de toda biodiversidade existente nos arredores.

Todas as atitudes que tenham em vista a redução dos impactos ambientais devem ser tomadas a fim de preservarmos as diversas formas de vida, visto que garantir uma boa qualidade de vida para as próximas gerações é uma um dever de todos. Nossos rios, florestas, mangues, entre outros, são habitat de incontáveis espécies, muitas das quais ainda nem se quer foram descobertas. Buscar formas de preservar o nosso ecossistema é uma das principais tarefas da nossa geração, não nos rendendo à ideia de “lucro a qualquer custo” e aderindo a ideia de preservar o que de mais sagrado existe, em qualquer forma, a vida.

REFERÊNCIAS

BERMANN, Celio. **Avaliação dos aspectos de segurança da Usina Nuclear de Angra 3**. Disponível em: <http://www.greenpeace.org/brasil/Global/brasil/report/2012/Estudo%20Angra%203-garantia%20Hermes%20-%20CB.pdf> . Acesso em: 09 ago. 2016.

BRASIL. *Lei no 10.308, de 20 de novembro de 2001. Dispõe sobre a seleção de locais, a construção, o licenciamento, a operação, a fiscalização, os custos, a indenização, a responsabilidade civil e as garantias referentes aos depósitos de rejeitos radioativos, e dá outras providências*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10308.htm . Acesso em: 30 ago. 2016.

CHADE, Jamil. **Prejuízos causados pelo desastre de Chernobyl em 30 anos**. Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,em-30-anos--chernobyl-gerou-prejuizos-de-us-700-bilhoes,1861045> . Acesso em: 01 ago. 2016.

CNEN. **A história da Energia Nuclear**. Disponível em: <http://www.cnen.gov.br/images/cnen/documentos/educativo/historia-da-energia-nuclear.pdf> . Acesso em: 30 ago. 2016.

ELETROBRAS. **Critérios de segurança adotados pelas usinas nucleares de Angra 1, Angra 2 e Angra 3**. Disponível em: http://www.mma.gov.br/port/conama/reuniao/dir1529/CriteriosSeguranca_A123_JMDF.pdf . Acesso em: 29 jul. 2016.

ELETROBRAS. **Energia Nuclear: O que é? Como funciona?** Disponível em: <http://www.eletronuclear.gov.br/Saibamais/Espa%C3%A7odoConhecimento/Pesquisaescolar/EnergiaNuclear.aspx>. Acesso em: 30 ago. 2016.

FRANCO, Itamar. **Projeto de lei acerca da localização das usinas nucleares**. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/88414.pdf> . Acesso em: 01 ago. 2016.

MARTÍN, Eduardo. **Pripyat antes do desastre**. Disponível em: <http://www.pripyat.es/antes/index.html> . Acesso em: 27 jul. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **CNEN deve regulamentar descontaminação de usinas nucleares**. Disponível em : <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/combate-a-corrupcao/cnen-deve-regulamentar-descontaminacao-e-desmantelamento-das-usinas-nucleares> . Acesso em: 29 jul. 2016.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei nº 7.781, de 27 de junho de 1989.*

Dá nova redação aos artigos 2º, 10 e 19 da Lei nº 6.189, de 16 de dezembro de 1974, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7781.htm. Acesso em: 05 nov. 2016.

SENADO FEDERAL. **Moratória para construir usinas nucleares não tem consenso.** Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/o-desafio-da-energia/propostas/projetos-para-gerar-a-propria-energia/moratoria-para-construir-usinas-nucleares-nao-tem-consenso> . Acesso em: 27 jul. 2016.

SILVA, Antônio. **O futuro da energia nuclear.** Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/13636/15454> . Acesso em: 30 ago. 2016.

SUZUKI, Natalia. **Brasil quer retomar programa, mas esquece medidas de segurança.** Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Meio-Ambiente/Brasil-quer-retomar-programa-mas-esquece-medidas-de-seguranca/3/9856> . Acesso em: 30 ago. 2016.

TAVARES, Wagner. **Legislação Nuclear no Brasil, Estados Unidos, Austrália, Canadá e Alemanha.** Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema16/2005_4125.pdf . Acesso em: 09 ago. 2016.

O NOME SOCIAL E SUA IMPORTÂNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO PERSONALÍSSIMO

Data de aceite: 03/08/2020

Maria de Fátima Rodrigues de Oliveira

Universitário Euripedes de Marília - UNIVEM

<http://lattes.cnpq.br/3222331642736349>

RESUMO: A pesquisa foi divulgada com base no parecer consultivo número 24, solicitado pelo Estado da Costa Rica em 2017. O Brasil respondeu a essa pergunta sobre a mudança do nome no Registro Civil e todos os outros documentos para garantir o bem-estar da população de transgênero, através do Nome Social. Tendo como objetivo demonstrar a importância do aconselhamento jurídico do quanto ao nome, que é um direito fundamental e personalíssimo. Este é usado para identificar o indivíduo como cidadão e transformá-lo em detentor de direitos. Usando a metodologia dedutiva pode-se concluir que o documento enfatiza a necessidade destes que querem mudar seus nomes para se adequarem à sua identidade de gênero, no caso da pesquisa em questão, portanto, isso pode proporcionar-lhes um bem-estar físico e psicológico contribuindo para a inclusão desta minoria: os transgêneros.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, nome social, transgênero.

ABSTRACT: The survey was released on the basis of Advisory Opinion N° 24 requested by the State of Costa Rica in 2017. Brazil responded to this question about the name change in the Civil Registry and all other documents to ensure the well-being of the population of transgender, through the Social Name. With the objective of demonstrating the importance of legal advice on the name, which is a fundamental right and very personal. This is used to identify the individual as a citizen and turn him into a rights holder. Using the deductive methodology one can conclude that the document emphasizes the need of these who want to change their names to suit their gender identity, in the case of the research in question, therefore, this can provide them with a physical and psychological well-being contributing to the inclusion of this minority: transgenders.

KEYWORDS: Law, Social Name, Transgender.

1 | INTRODUÇÃO

O artigo propõe uma maior visibilidade e reconhecimento aqueles que lutam por uma concepção de gênero no dia-a-dia, para que possam decidirem pela mudança do nome social, para outro da qual se identifiquem-se

de acordo com sua realidade no contexto sexual da qual fazem parte, ou seja fazer valer a condição do direito de ter direito.

Sendo o Brasil signatário do Tratado de São José da Costa Rica, ele tem o dever de fazer valer da sua condição de cidadão brasileiro, neste optar por escolher a orientação sexual no sentido físico, moral e psicológico, para que possam enfim viverem e não sobreviverem as sombras do machismo que envolve o que é diferente, de aceitar essa imposição do "anormal" destes que são os excluídos da sociedade, que demonstra ser muitas vezes institucionalizada.

A sociedade ou o Estado dita as regras das quais temos o dever ou a obrigação de seguir, ela não se importa se somos felizes ou não, e sim de imposição do que as pessoas, são e ou da escolha ou identificação de gênero que elas possuem e julgam assim, serem calcadas no chamado normal. Assim a sociedade finge não saber que entre a dicotomia homem-mulher há uma série de gêneros, e que a cada dia se reinventam outros novos. Estima-se o número cada vez maior desta categoria: transgênero, travestis, dentre outros.

O direito vem de encontro com esta premissa perseguindo o que é mais vantajoso e normal, no respeito e na intenção em busca da tão almejada paz. A temática do gênero se mostra bastante fiel no que diz respeito aos princípios fundamentais para a harmonização, isso se demonstra quando são ultrapassadas as barreiras da discriminação e da exclusão social, visando também a equidade desses tão vulneráveis grupos que realmente necessitam da mudança do nome. O trabalho está disposto nos seguintes itens: o nome como direito individual da pessoa, a opinião consultiva nº 24/2017, transgênero e a nova concepção para a efetivação de seus direitos e garantias fundamentais.

A metodologia utilizada foi a dedutiva e a pesquisa bibliográfica e utilização de vídeos da Internet relacionados a temática relacionando as mudanças jurídicas com amparo jurisprudencial acordados em tratados internacionais de direitos humanos.

Conclui-se então que o nome é muito significativo para o indivíduo, pois sem ele, este não existe, e em se tratando do nome social, pode-se dizer que é um dos fatores básicos ou fundamentais para que se dê a inserção dessas minorias (transgênero, travestis e outros) na sociedade para que elas possam viver dignamente.

2 | O NOME COMO DIREITO INDIVIDUAL DA PESSOA

A importância do nome que cada indivíduo recebe ao nascer é de notória imprescindibilidade na vida em sociedade, seja da pessoa em si com relação a sua identidade, seja da pessoa em sua vida comunitária e perante o Estado. Tanto isso é verdade, que o nome acompanha o indivíduo para o resto da vida e, também, para depois da morte.

Portanto, o nome possui aspecto dúplice, sendo tanto direito como dever, ao mesmo

tempo um direito subjetivo e um interesse social (PEREIRA, 2004, p. 245). E acrescenta-se “Assim, pelo lado do direito público, o Estado encontra no nome fator de estabilidade e segurança para identificar as pessoas; pelo lado do direito privado, o nome é essencial para o exercício regular dos direitos e do cumprimento das obrigações.” (VENOSA, 2010, p. 183).

O homem, na medida em que se civilizou na comunicação, o fez mediante a concessão de denominações a si mesmo, às coisas e aos seus semelhantes (VENOSA, 2010, p. 184).

“Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”, conforme diz o artigo 16 do Código Civil. O nome carrega o status de direito subjetivo da personalidade, que pode ser definido da seguinte forma (TARTUCE, 2016, p. 90):

Os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo. O que se busca proteger com tais direitos são os atributos específicos da personalidade, sendo esta a qualidade do ente considerado pessoa. Em síntese, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade (art. 1.º, III, da CF/1988).

Assim sendo, por derivar do direito constitucional à dignidade humana, a proteção do direito ao nome assume viés civil-constitucional, sem o qual ficariam esquecidos os avanços buscados após a Segunda Guerra Mundial, tendo em vista a fragilidade deste lamentável fato.

E para melhor entendimento da envergadura do direito ao nome, que pode ser considerado um braço do princípio da dignidade humana, destaca-se um aspecto do conceito deste princípio (SARLET, 1988, p. 60):

Complexo de direitos e deveres fundamentais (...) venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade humana pode ser tida como macro princípio que irradia efeitos sobre todas as normas que lidam com o ser humano, assim sendo, o desafio de concretizar esse princípio a partir de seu conteúdo abstrato é considerável e salutar aos operadores do direito (BOBBIO, 2002, p. 12). Sim porque a pessoa pode ter diversos motivos para querer mudar de nome, como se for vítima de zombarias constantes pelo inigualável significado popular que este nome possa representar para a sociedade por exemplo, ou por várias razões pessoais que a pessoa tenha, não importa, pois cada um é cada um na sua complexidade. Deve-se considerar o caso concreto em si.

Dessa forma, além de o direito ao nome integrar o rol de direitos da personalidade, verifica-se que também auxiliar na concretização do princípio da dignidade humana, de forma que qualquer lesão ao direito ao nome evidencia a violação deste princípio.

Ademais disso, o direito ao nome não se ancora apenas na ordem constitucional interna brasileira. Conta, ainda, com sua previsão no Sistema Regional Interamericano

de Proteção dos Direitos Humanos, mais precisamente no artigo 18 (Direito ao Nome) da Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, aprovado e promulgado apenas em 1992 pelo Brasil, contendo o seguinte: “Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário. ”

O nome não é algo protegido por si só, mas está ligado à pessoa a qual pertence, o seu portador. Ao ser usado indevidamente ou até de forma pejorativamente, poderá causar sérios danos, que podem ser de ordem pessoal e moral; ferindo assim o princípio mais relevante da Constituição Federal, o da Dignidade Humana.

Erroneamente ou equivocadamente o nome foi usado nos primórdios, nos casos de difícil identificação do sexo, é o caso dos transgêneros, hermafroditas, e outros casos onde não se pode definir apenas o sexo pela genitália externa logo ao nascer. Há exames que podem levar a uma conclusão satisfatória no caso dessas disparidades, mas estes são de alto custo, e, portanto, de difícil acessibilidade para a maioria da população.

O prenome também pode ser mudado hoje pelo Decreto-Lei nº 8727 de 28 de abril de 2016, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Pode ser substituído por apelidos públicos notórios, principalmente no caso das celebridades.

Atualmente quando já se obtém o nome social, pessoas usam de preconceito expondo a pessoa a uma situação vexatória sem necessidade, é o caso de professores que ao realizarem a chamada citam o nome antigo também. A situação seria resolvida se não houvesse a discriminação por parte dos coordenadores e outros profissionais, se estes fossem capacitados a entenderem e respeitassem a inclusão e toda diversidade de uma sociedade contemporânea e democrática. Problemas como este são comuns e acaba gerando violência devido a sociedade ser ainda sexista, racista e androcêntrica.

É de responsabilidade dos pais escolherem o nome dos filhos conforme o art. 226 §5º da Constituição Federal, e o art.21 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Antigamente cabia ao genitor a tarefa de registrar o filho no cartório logo ao nascer, hoje ambos os genitores podem fazê-lo, o que se estende também aos filhos adotados que poderão mudar seus nomes também.

Pode se lembrar que a escola é algo difícil considerando a responsabilidade que é incumbida aos pais e está liberdade é limitada para que assim os restrinjam na escolha de normas que causam gozações, brincadeiras vexatórias e insinuações que configuram violação da dignidade humana dependendo do nome que a criança possui como dito anteriormente.

O art.56 da Lei de registros públicos dispõe que a pessoa ao completar 18 anos, ela própria poderá solicitar a mudança do nome sem que prejudique os apelidos de família,

sendo que o decreto acima citado veio complementar essa resolução (NOGUEIRA, 1980, p.84).

O mesmo se dá quanto ao prazo decadencial da inclusão ou supressão de nomes intermediários também constato no referido artigo.

O objetivo da Lei é propiciar ao interessado a correção do nome, o qual a vida toda foi o causador de situações vexatórias.

Nos casos da mudança de sexo por meio de cirurgia também lhes são concedidos aos indivíduos, a mudança do nome inclusive para que não haja abusos em se tratando e mero capricho ou apenas por não gostar do próprio nome. Outra situação onde ocorre a mudança de nome é quando a mulher se casa, sendo facultativo querer acrescentar o nome do marido.

Pela Lei do divórcio art.25, III parágrafo único, da qual a mulher decida manter o nome de casada podendo ser conservado com concordância do ex-cônjuge.

Só em 1997 que houve as alterações no que tange ao registro civil dos transexuais, pela resolução nº 1482/97, o Conselho Federal de Medicina ao aceitar em hospitais públicos a cirurgia de mudança de sexo naqueles que apresentam a síndrome transexual. A cirurgia de Redesignação Sexual, sendo necessário o acompanhamento de uma equipe multiprofissional por 2 anos para se ter certeza da tomada de decisão.

3 | A OPINIÃO CONSULTIVA Nº 24/2017

Em resposta dada pela Corte Interamericana em 2017, foram estabelecidas a opinião consultiva que veio a responder as perguntas da Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) questões sobre identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo, bem como quanto as obrigações estatais em relação à mudança de nome. Eis aqui um resumo da resposta dada pela Corte Interamericana.

Tendo como objeto o pedido da opinião consultiva a interpretação da Convenção Interamericana de tratados concernentes à proteção dos Direitos Humanos nos países Americanos, sendo compatível a qualquer lei interna instrumentos internacionais e por ser umas das competências da Corte.

Esta opinião consultiva de nº24 possuem um contexto vasto de análise minuciosa da *corpos iuris* e da jurisprudência nacional sobre o tema em questão.

Uma das perguntas foi:

“Levando em conta que a identidade de gênero é uma categoria protegida pelos artigos 1º e 24 da CADH, além do estabelecidos nos artigos 11, 2 e 18 da Convenção, o Estado tem a obrigação de reconhecer e facilitar a mudança de nome das pessoas de acordo com a identidade de gênero de cada uma?”

Quando a identidade de gênero é auto percebida pelo indivíduo, este tem seus direitos protegidos de adequar o seu nome, à imagem, a retificação de sexo, aos documentos

necessários para que haja a mudança e assim possam prosseguir sua vida sem quaisquer constrangimentos.

A pessoa deverá ter mais que 18 anos, este direito é protegido conforme os artigos 18, (direito ao nome), 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 7º (direito à liberdade), e 11, 2 (direito a vida privada) da Convenção Americana.

Ainda com a ressalva de respeitar e garantir esses direitos sem qualquer espécie de discriminação (artigos 11 e 24). Cabe ao Estado regulamentar procedimentos adequados para este fim.

A pessoa ao se reconhecer como transgênero dá um importante passo pois muitos morrem sem se dar conta dessa condição. Principalmente se quando ainda criança se sentem perdidas e sem identificação, devem contar com o apoio dos pais e de todos os que o cercam, inclusive do Estado para lhe garantir o respeito a vida e a sobrevivência e ao desenvolvimento, de qualquer tipo de discriminação, sendo que para isso é preciso que se estabeleça um diálogo aberto com a criança desde cedo, já na pré-escola, sem temores de discussão, esclarecimento, enfim que lhes proporcione uma adequada orientação sexual e de gênero e uma escolha saldável e digna.

A percepção da identidade (trans) é um passo muito importante e específico do indivíduo deste grupo que muitas vezes leva a vida toda sem se identificar chegando muitas vezes a cometerem o suicídio, sem que possam exteriorizarem sua identidade de gênero real que lhes foi negada desde o nascimento. Isso é muito preocupante porque a visibilidade dessa minoria fica ainda mais prejudicada no caso dos transgêneros e transexuais.

A segunda pergunta da CADH, foi se a resposta à consulta for positiva, pode-se considerar contrária a CADH, que a pessoa que pretenda de alguma maneira mudar seu nome entre com uma ação jurisdicional, e não por meio de um processo administrativo.?

Segundo a Opinião Consultiva 24, os Estados têm o direito a melhor atender a essas minorias, tão vulneráveis sendo ele, o Estado que deveria dar o suporte necessário para essas devidas alterações com respaldo jurídico ou não, e sim da melhor maneira visando o bem-estar dessas pessoas. Para isso deve-se cumprir os seguintes requisitos:

Devem ser focados na adequação integral da identidade de gênero autopercebida, devem ser baseadas no consentimento livre e informado, possuir requisitos como certificação médicas e/ou psicológicas ou outros que possam resultar não razoáveis e devem ser adquiridos em tempo hábil, na medida do possível, gratuitas e não devem exigir realização de operações cirúrgicas e/ou hormônios.

Exige-se um trabalho multidisciplinar complexo e preciso para dar suporte que estes necessitam devidamente como são de direito, sendo parte integrante de um Estado Democrático de Direito.

A terceira pergunta é se considerando o art. 54 CC da Costa Rica, deve ser interpretado de acordo com a CADH, o qual essas pessoas que queiram mudar seu nome

a partir de sua identidade de gênero e não sendo obrigadas a submeterem ao processo jurisdicional e sim que o Estado promovendo um tramite administrado gratuito, rápido e acessível para exercer esse direito humano?

O art.54 dispõe que esses procedimentos tanto de jurisdição como administrativo desde que seja voluntário permiti até a impugnação por terceiros ou pelo Ministério Público. Na redação atual é compatível tanto judicial como administrativa desde que se cumpra os aspectos acima mencionados.

Assim fica estabelecido que o Estado da Costa Rica pode emitir um regulamento conforme a Convenção Americana para garantir mais efetivamente a proteção dos Direitos Humanos.

Conforme o art.64 da CADH, diz respeito a uma função consultiva única no direito internacional como se destaca a um Tribunal Internacional:

Art.64-1 Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos e também poderão consulta-lo, no caso que lhe compete os órgãos enumerados no capítulo .X da Corte da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo protocolo de Buenos Aires. ”¹

A Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais a respeito de problemas relacionados a menção do que foi estabelecido e assinado no Tratado.

Desta forma a Corte faz cumprir seu papel nos Estados latino-americanos e orientam os demais em relação aos direitos humanos. Assim como o Registro Civil, tem-se segundo as Estatísticas do Registro Civil 2014, do IBGE (2015):

“Além de substituir os estudos demográficos e as políticas diretamente relacionadas com a população infanto-juvenil, o registro civil de nascimento cumpre papel fundamental sob o ponto de vista dos direitos humanos. Ele é o primeiro documento civil que oficializa, para o Estado e a sociedade, a existência de um novo indivíduo natural e, por isso, funciona como a identidade formal do cidadão, constituindo-se em um primeiro passo para o exercício pleno da cidadania no País. Na certidão de nascimento, documento emitido no Cartório e entregue a família, constam informações fundamentais do registro civil de nascimento, que reconhece perante a lei, o nome, a filiação, a data de nascimento da pessoa. ”

Os direitos humanos têm como base o princípio da dignidade humana, que o STF apreciou favorável a questão da mudança do nome para se implantar o nome social. O Supremo através desta decisão vem se mostrando firme na questão de se considerar este princípio basilar da nossa constituição.

1 O C nº 24/2017 da CIHU.

4 | TRANSGÊNEROS E A NOVA CONCEPÇÃO PARA EFETIVAÇÃO DE SEUS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os avanços alcançados tanto na medicina como no meio jurídico foi apenas um passo para a melhoria do bem-estar social e na dignidade desses grupos vulneráveis: travestis e transgêneros.

Falar em Direitos Humanos atualmente traduz uma analogia que vai de encontro uma necessidade de aproximação entre o direito e a moral, pelo incentivo de normas-princípios, conceitos legais, indeterminados e cláusulas (LENZA, 2014).

Considerando o conflito entre a identidade psicológica e a imposição de ordem biológica e social a partir da primeira cirurgia de resignação sexual, abre discussões no Brasil com a autobiografia de José Walter Nery (2011). Este ao nascer fora identificado como sendo do sexo feminino por sua genitália feminina, passou por dificuldades de adaptação, pelos modos de agir, vestir, andar e brincar, pois, seu corpo não condizia a sua mente o qual se identificava ao sexo masculino.

A identificação na relação gênero e nome se dá tão estreita que por isso se justifica a necessidade da tutela jurídica.

O Brasil sendo signatário de tratados internacionais, tem os Direitos Humanos calcados à conjuntura internacional e deve ter como parâmetro simétrico, legislativo na execução de políticas públicas voltadas a concepção de Direitos Humanos.

Assim em âmbito nacional, os direitos fundamentais estabelecem o direito ao nome e a retificação do registro civil em casos de não identificação entre gêneros nos aspectos psicológico, biológico e social.

O tratado firmado na Convenção Americana de Direitos Humanos fora aprovado e promulgado em 1992, firmando diretrizes a respeito da honra, dignidade, igualdade, liberdade e ao nome, bem como a ascensão de políticas públicas em âmbito negativo ao reconhecer o direito de expressão da identidade psicológica e positivo, favorecendo a construção de meios hábeis ao exercício de uma sociedade livre de discriminação ou constrangimento, fomentando programas de desestigmatização das pessoas transgêneros.

O Brasil também é signatário dos Princípios de Yogyakarta que trata especialmente dos direitos relacionados a esta minoria de lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais, *queens* e Intersex no que diz respeito à orientação sexual e à identidade de gênero, porém poucos conhecem este fato ou se quer ouviram falar de tais princípios.

5 | CONSIDERAÇÃO FINAL

Apesquisa em questão, se refere a importância do nome, como identificador universal, tratando de uma interpretação baseada no patamar da dignidade humana, nosso princípio maior da Constituição Federal/88, veio a pôr um fim a esses que se dizem confusos a

respeito da identidade física e psicológica. Mas houve um breve relato de acontecimentos em relação a determinados grupos que se diziam não saber ao certo sobre sua identidade de gênero. São os transgênero, daí a importância do nome social na inclusão destes na sociedade.

Quando nem sequer, pensam em saber sobre sua identidade de gênero, ao pensarem e se questionarem por que seu nome não condiziam a realidade de suas mentes. Essa confusão causou e causa um verdadeiro conflito para os transgêneros principalmente. Eles são ridicularizados o tempo todo por aqueles que se dizem 'normais'. Assim sofrem anos a dentro na incerteza, na insegurança, devido à violência que os cercam no dia-a-dia, sem contar com a discriminação no trabalho, na escola, e até na família.

Está é a questão central, mas não é a única, há de se pensar também nas situações de determinados grupos marginalizados pela sociedade e pelo Direito, como por exemplo nas situações ao qual a falta deste, o nome social, pode levar o indivíduo a vir a cometer o suicídio.

É função da Corte Interamericana de direitos humanos fiscalizar o desempenho do Estado em cumprir suas funções de protetor e garantidor dos direitos dos seus cidadãos. Assim como o Registro Civil que é o primeiro documento do cidadão, o nome é quão importante, pois sem ele não há o Registro Civil e conseqüentemente nenhum documento. Ao analisarmos a opinião consultiva nº 24, encontramos as respostas de grande valia que vem a ser o nome social na inclusão do cidadão outrora excluído em virtude de seu gênero ou sexo.

Buscar seu melhor resultado na questão da identificação de gênero e até mesmo de orientação sexual, em que certos países fingem não saber da real situação que acomete com muita frequência esse grupo. Não há um programa de políticas públicas eficiente para combater a discriminação por parte da sociedade em geral, tudo depende do respeito e da educação dispensada no lar pelos familiares, nas escolas pela educação dispensada pelos professores, no clube, na igreja, entre outros.

É preciso que a Nação saiba a importância de este despertar humanístico e jurídico a fim de que o País não venha a ser punido pela CIDH, cumprindo com seu acordo e assim garantindo a todos os cidadãos, o direito de terem direitos.

A sociedade, assim como o Estado não pode imputar ao indivíduo algo que não lhes é titular ou de direito, o nome é coisa particular que nos identifica para além da vida.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti - Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2001.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16/04/2018.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

IBGE. Estatísticas do registro civil. Período anual (v.41-2014). Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc-2014-v41.pdf>. Acesso em 15.abril.2018.

<https://temasde.direitoshumanos.com/2018/01/17/resumo-da-opiniao-consultiva-no-24-2017-identidade-de-genero-igualdade-e-nao-discriminacao-a-casais-do-mesmo-sexo/> Acesso em 8/03/2018.

NOGUEIRA, P. L, Questões Cíveis Controvertidas, São Paulo: Sugestões Literárias; 1980, 3 ed., p.84.

OEA. Convenção Americana de Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html>>. Acesso em: 16/04/2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PRINCÍPIOS DE YOGIAKARTA: O direito ao gozo... em <http://www.clam.org.br/pdf/principiosdeyogiakarta.pdf>. Acesso em 20/08/2018.

SARLET, Ing Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 6º ed. São Paulo: 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

DIREITO SISTÊMICO E DIREITOS HUMANOS: A APLICAÇÃO DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES PARA TRATAMENTO DOS CONFLITOS JUDICIAIS

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 07/04/2020

Sami Storch

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
São Paulo - São Paulo
<http://lattes.cnpq.br/7843653604835101>

Sttela Maris Nerone Lacerda

Universidade Estadual do Centro-Oeste
(Unicentro)
Guarapuava - Paraná
<http://lattes.cnpq.br/0309597356940152>

RESUMO: A sociedade exige o aprimoramento do sistema de justiça diante da complexidade do fenômeno da violência já que a aplicação da lei no sistema legalista não produz a harmonização dos conflitos. A necessidade social conduz à investigação sobre o denominado direito sistêmico que possui por núcleo as constelações familiares, atualmente adotadas por pelo menos 17 tribunais brasileiros na resolução de conflitos judicializados. As constelações sistêmicas fenomenológicas conduzem a percepção de fatos gerados pelo campo morfogenético que armazena memórias do sistema familiar e transmite informações, direcionando comportamentos atuais.

Investiga-se as denominadas leis sistêmicas identificadas pelo filósofo Bert Hellinger e que conduzem a consciência coletiva e submetem o campo familiar. A expressão direito sistêmico foi introduzida no cenário jurídico em 2010 pelo juiz brasileiro Sami Storch, que, inconformado com os limites do processo tradicional, onde a prestação jurisdicional não é capaz de pacificar as partes e após o encerramento do processo o conflito permanece latente, amplia o olhar mergulhando na filosofia hellingeriana em busca de novos caminhos. Investigam-se neste estudo as características dessa abordagem na tentativa de estabelecer conexão com os direitos humanos, sendo possível verificar que sua exitosa aplicação renova a esperança na justiça integral e num direito mais humanizado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito sistêmico, filosofia hellingeriana, gestão de conflitos, leis sistêmicas, constelações familiares, política judiciária nacional de tratamento de conflitos.

**SYSTEMIC LAW AND HUMAN RIGHTS:
THE APPLICATION OF FAMILY
CONSTELLATIONS TO TREAT JUDICIAL
CONFLICTS**

ABSTRACT: Society demands the improvement of the justice system in view of the complexity

of the phenomenon of violence, since the application of the law in the legal system does not produce the harmonization of conflicts. The social need leads to the investigation of the so-called systemic law that has family constellations as its core, currently adopted by 13 Brazilian courts in the resolution of judicialized conflicts. The phenomenological systemic constellations lead to the perception of facts generated by the morphogenetic field that stores memories of the family system and transmits information, directing current behaviors. The so-called systemic laws identified by the philosopher Bert Hellinger are investigated and which lead to collective consciousness and subject in the family field. The term systemic law was introduced in the legal scenario in 2010 by the Brazilian judge Sami Storch, who disagreed with the limits of the traditional process where the judicial provision is not able to pacify the parties and after the end of the process, the conflict remains latent, widening the view in Hellinger's philosophy in search of new paths. The characteristics of this approach are investigated in this study in an attempt to establish a connection with human rights, and it is possible to verify that its successful application renews hope for integral justice and a more humanized right.

KEYWORDS: Hellingerian philosophy, conflict management, systemic laws, family constellations, national judicial policy for the treatment of conflicts.

1 | INTRODUÇÃO

O aprimoramento do sistema de justiça diante da complexidade do fenômeno da violência requer urgência. A sociedade exige caminhos novos, eis que a aplicação da lei no sistema legalista não dá conta de produzir paz social e assim, os ruídos por justiça se intensificam. As constelações familiares, admitidas em pelo menos 16 Tribunais dos estados brasileiros, não obstante ainda não estejam na pauta oficial os órgãos responsáveis pela política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos, estão em consonância com a Resolução nº 125/2010 do CNJ, apresentando-se como movimento de resposta denso e multifacetário aos que clamam pela solução dos litígios pelo viés da paz.

A constelação familiar, originariamente considerada uma terapia, vem demonstrando ser um recurso de grande potencial na solução de conflitos no âmbito do judiciário e na harmonização dos relacionamentos, possibilitando a projeção da imagem interna de um conflito seja ele pessoal, organizacional ou familiar por meio de representantes das pessoas envolvidas nos conflitos.

A dinâmica viabiliza a percepção de pontos de tensão na relação em foco, que outrora estavam ocultos e inconscientes, tornando possível o conhecimento de situações subterrâneas que emergem para a superfície, alargando o campo de visão do facilitador sobre o conflito e auxiliando-o nos passos seguintes no caminho para a solução.

A expressão direito sistêmico é introduzida no cenário mundial a partir das observações do juiz de direito brasileiro Sami Storch, que amplia o olhar em direção à filosofia hellingeriana e, mergulhando nesse conhecimento, realiza experiências exitosas

com a utilização das constelações para ajudar a solucionar os processos sob sua jurisdição.

Tais experiências começaram a partir de 2006, de forma discreta, nas audiências, por meio do compartilhamento das compreensões de Bert Hellinger a respeito das leis sistêmicas (por ele denominadas de ordens do amor) e do uso de técnicas de meditação e de visualização, com o objetivo de sensibilizar as partes envolvidas nos conflitos.

Alguns anos depois, a partir de 2011, na Comarca de Palmeiras – BA, evoluiu-se para a realização das constelações propriamente ditas, com o uso de bonecos sobre a mesa de audiência, para representar as partes e as demais pessoas importantes não apenas para aquela causa, diretamente, mas todas aquelas que, sendo membros do sistema envolvido na questão, pudessem influenciar animicamente nas posturas, decisões e movimentos das partes e seus familiares, mesmo que inconscientemente. Os resultados eram impressionantes, com a promoção de conciliações e soluções harmonizadoras mesmo em conflitos antigos e de disputa ferrenha.

Assim como já ocorria nas constelações realizadas pelo seu criador, Bert Hellinger, também nos processos judiciais notava-se claramente como a inclusão de alguém do passado da família que por alguma razão tenha sido excluída (como um pai ou mãe mortos, uma criança abortada ou uma ex-companheira, por exemplo) e um olhar lançado a essa pessoa permite fluir um movimento de compreensão, conexão e amor entre as partes que antes litigavam.

Em outubro de 2012, realizou-se pela primeira vez uma constelação com pessoas desconhecidas representando os membros de uma família, numa ação de divórcio e guarda dos filhos, em um evento coletivo denominado “Palestra Vivencial – separação de casais, filhos e o vínculo que nunca se desfaz”, para o qual foram convidadas as partes envolvidas em cerca de 50 processos da Vara de Família da Comarca de Castro Alves – BA. Após algumas vivências seguidas nos mesmos moldes, observou-se que entre os processos cujas partes participaram desses eventos, mesmo que apenas como espectadores, o índice de conciliações foi elevadíssimo, chegando a 91% quando apenas uma das partes se fez presente e a 100% quando ambas as partes participaram das vivências.

A partir daí, com a divulgação dos resultados, a prática vem se disseminando rapidamente, com centenas de projetos pelo país nas várias instituições ligadas ao sistema judiciário, bem como em inúmeros cursos de capacitação para profissionais que queiram trabalhar com o direito sistêmico.

O precursor e criador da original expressão “direito sistêmico” declara que “surgiu da análise do direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações sistêmicas desenvolvida pelo pedagogo e filósofo alemão Bert Hellinger”. (STORCH, 2010).

As demais iniciativas brasileiras a partir deste ano, são inspiradas nessa primeira prática hoje referida como direito sistêmico. Como conceitua Amilton Plácido da Rosa,

membro do Ministério Público:

O Direito Sistêmico é, antes de tudo, uma postura. É uma nova forma de viver e de se fazer justiça, buscando o equilíbrio entre o dar e o receber, de modo a trazer paz para os envolvidos em um conflito. O Direito Sistêmico, em termos técnico-científico, é um método sistêmico fenomenológico de solução de conflitos, com viés terapêutico, que tem por escopo conciliar, profunda e definitivamente, as partes, em nível anímico, mediante o conhecimento e a compreensão das causas ocultas geradoras das desavenças, resultando daí paz e equilíbrio para os sistemas envolvidos (ROSA, 2016).

A constelação familiar, abordagem básica do direito sistêmico, permite a obtenção de uma visão mais clara em relação a todos os membros do sistema e do lugar de cada um, identificando-se eventuais emaranhamentos, pelos quais uma pessoa assume um lugar que não é seu, guiado inconscientemente (por “amor cego” a um antepassado), e por isso entra em conflito com outros. Tal dinâmica tende a se repetir de geração em geração, pelo “amor cego” dos filhos em relação aos pais.

Quando tais dinâmicas ocultas vêm à luz, as pessoas podem se posicionar no lugar que cabe a si mesmo, e assim assumir suas próprias responsabilidades e acolherem as consequências de seus atos, inclusive reconhecendo os atos que foram danosos a outros, cometidos por força dos referidos emaranhamentos. Quando é possível desatar os nós do passado, as partes naturalmente se dirigem a um bom encaminhamento, dispensados quaisquer juízos de valor ou julgamentos pessoais por parte do operador do direito sistêmico.

2 | DIMENSÃO TRIANGULAR INCLUSIVA

Nesse contexto, só é possível falar em direito sistêmico a partir de uma ação inclusiva captada por um olhar ampliado firmado pelo operador do direito sistêmico e direcionado inicialmente ao direito clássico vigente com toda a legislação nacional positivada, para na sequência, encarar as leis naturais que regem os relacionamentos humanos, a saber: o pertencimento, a ordem ou hierarquia e o equilíbrio entre o dar e o tomar.

Dessa triangulação, e a partir da percepção atenta do gestor do conflito que se coloca a serviço dos sistemas familiares das partes, incluindo todos, sem exceções, irrompe um novo olhar que permite o despontar de um novo direito, pulsante, em movimento, humanizado, inclusivo e sanador que referimos como direito sistêmico.

O direito sistêmico é um direito vivo que emerge das relações em movimento, nascido das observações e dos sentimentos captados na amplitude de um novo olhar direcionado para as relações jurídicas que refletem as relações conflituosas humanas e que pulsam no ritmo da vida. Nasce da experiência pessoal e concreta daqueles que se submetem a olhar e ver para além das divergências inseridas no enfrentamento judicial.

Destaque-se que essa vivência se renova com toda sua potencialidade quando um dos operadores ou integrantes do sistema judicial, seja o juiz, o advogado, o promotor,

o defensor público, o procurador ou os auxiliares do juízo, entre outros facilitadores, se colocam nessa dimensão triangular e a partir de suas posições incluem as partes em conflito e seus respectivos sistemas familiares, contemplando os fatos para além do processo, acolhendo distintas possibilidades, ampliando horizontes para acolher as imagens de solução, trazendo-as para a realidade presente.

3 | FILOSOFIA HELLINGERIANA: UMA FILOSOFIA APLICADA

A constelação familiar de estrutura fenomenológica evidencia uma filosofia a serviço da vida e da paz nos relacionamentos humanos. Nesse sentido seu instituidor a proclama como filosofia aplicada que requer observação e reflexão sobre a vida na forma que se apresenta, com tudo que ela é e que se revela nos relacionamentos (HELLINGER, 2016).

Por trazer à luz as referidas ordens sistêmicas, válidas para todo e qualquer tipo de relacionamento, mostrando-se um verdadeiro caminho de conhecimento, as constelações podem ser consideradas também como uma ciência dos relacionamentos. Ora, também o direito é uma ciência que visa encontrar a melhor ordem nos relacionamentos, daí o claro interesse no estudo da filosofia (ou ciência) hellingeriana aplicada ao direito.

No atual cenário de conflitos, as constelações familiares se apresentam como um modelo pacificador, um trabalho que promove a paz entre os povos. Nesta abordagem, a posição que cada parte assume nos processos judicializados encontra uma justificativa profunda, para ter se envolvido nele do modo como fez ou faz, seja na posição de agressor, seja na posição de vítima, seja como credor ou como devedor, como reivindicante ou reivindicado, amoldando-se ao sistema familiar de cada um, muitas vezes sem relação direta com a outra parte, se ajustando a um movimento estruturado pelo próprio sistema de origem.

Essa filosofia se revela muito mais ampla que uma simples técnica ou método a ser seguido de maneira exata e categórica. Exige-se uma verdadeira mudança de comportamento, inclusive do próprio facilitador, que necessariamente deve passar por um processo de capacitação para aplicá-la (CASTRO, 2017).

Além disso, é apresentada por alguns doutrinadores como “um novo modelo que fomenta e oferece suporte para sedimentação de uma postura interna onde o olhar alcance o ser humano e o respeita exatamente da maneira como ele é” (CASTRO, 2017).

A filosofia hellingeriana é, assim, fonte do direito sistêmico, experienciada pelas constelações familiares que, por sua vez, não se revelam como método ou técnica a ser reproduzida e direcionada a resultados previsíveis. As constelações segundo Bert Hellinger são essencialmente fenomenológicas e, portanto, pressupõem um olhar sempre despretensioso e isento de intenção e julgamento, de modo a permitir que algo novo e surpreendente possa se mostrar.

Dessa forma, as constelações permanecem em evolução eis que, em sistemas

sociais, a sua presença estabelece-se no decorrer dos anos 90, “[...] como um método de aconselhamento e terapia em muitas áreas, tais como escolas, presídios e na consultoria política e organizacional, e encontra-se em permanente expansão” (HAUSNER, 2010).

4 | UM DIREITO SENSÍVEL

A expressão “direito sistêmico” compreende uma forma inovadora de se olhar, sentir e elaborar os conflitos judiciais por meio de uma abordagem terapêutica, responsabilizadora e reflexiva que permite contato com dinâmicas invisíveis que motivam os conflitos e vinculam os comportamentos atuais, sugerindo passos direcionados à harmonização das relações familiares, sociais e empresariais por meio do pertencimento, da ordem e do equilíbrio.

Direito sistêmico é um conjunto de conhecimentos, ações, intervenções, exercícios e práticas sensoriais direcionadas a ampliar o olhar das partes litigantes para além do conflito e do processo judicializado, conduzidas nessa experiência por um operador do sistema devidamente capacitado a contemplar e integrar realidades não visíveis que estão para além do processo conflituoso, conduzindo-as a uma solução que produza paz para todo o sistema familiar.

A solução invariavelmente envolverá uma dinâmica direcionada à busca da inclusão de todos, do equilíbrio entre as partes e da observância da ordem de precedência dos integrantes do sistema de origem das pessoas envolvidas no conflito e, conseqüentemente, no processo. A intervenção do facilitador da constelação deve ser isenta de intenção, requer sensibilidade e exposição sem medo a um processo novo que se apresenta:

Quando alguém constela sua família, eu nunca sei como vai prosseguir, isso permanece não transparente para mim. Portanto, não posso proceder de acordo com um plano e também não posso contar com experiências anteriores. Eu me exponho aos acontecimentos, do modo como eles surgem, sem querer algo definido. Portanto, não tenho nenhuma intenção. E – principalmente – não tenho receio algum. Isto é o mais importante (HELLINGER, 2016).

A constelação é o espaço onde os sentimentos são experienciados pelos representantes, sendo que “trabalhar sistêmica e fenomenologicamente significa prestar atenção aos sentimentos expressados espontaneamente por parte dos representantes assim como surgem e deixar as dinâmicas se desenvolverem por si mesmas” (FRANKE-GRICKSCH, 2014). É possível fazer a constelação em qualquer fase do processo judicial, inclusive na fase de execução e também no âmbito extrajudicial. Contudo, em conflitos judicializados, conforme a experiência pioneira de STORCH (2015) demonstrara, “um momento oportuno para a realização desta prática dentro do âmbito processual é antes da audiência de conciliação ou mediação, mediante as vivências coletivas” (MENDES, 2017).

As constelações são assim, utilizadas como valioso instrumento de apoio aos

operadores do direito, revelando posturas adequadas durante e por ocasião do julgamento de processos:

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, vislumbrou na constelação um instrumento a mais para auxiliá-lo nos julgamentos dos seus processos e na condução de suas audiências, passando a verificar que as partes quando confrontadas com a verdade, com o que está oculto e com o que veio antes do conflito, passavam de uma postura litigante a uma posição consensual, com isso, o Juiz atuava como um conciliador e mediador em suas demandas judiciais, gerando sentenças pacificadoras (MENDES, 2017).

A dinâmica incluída nas constelações são direcionadas à pacificação dos relacionamentos rompidos e se revelam de grande utilidade para a solução dos conflitos judiciais. Hellinger afirma que “o conflito é uma condição prévia e uma preparação para a paz” (HELLINGER, 2016), informando que no conflito as pessoas revelam o que é importante e assim o equilíbrio e o crescimento acontecem.

O direito sistêmico é a tradução de um direito sensível, humanizado, inclusivo, que se sustenta na autonomia da vontade, na dignidade da pessoa, valendo-se de ações e intervenções sistêmicas que conduzam à responsabilização individual e reflexiva por meio de uma experiência pessoal de enfrentamento da realidade (verdade) imperceptível, que movimenta as relações humanas e por consequência atinge as relações processuais e o todo o sistema judiciário.

O movimento do direito sistêmico ganha força num cenário potencializado por sentimentos, merecendo destaque o sentimento de injustiça, onde as pessoas integrantes dos processos judiciais dificilmente ficam satisfeitas com as decisões judiciais e delas sempre recorrem eternizando o processo que nunca chega ao seu fim. Neste cenário, permanece latente outro sentimento: o de que o direito positivado é insuficiente para defender os direitos humanos e ou maximizar a realização de suas garantias.

5 | NO NÚCLEO CENTRAL, AS LEIS SISTÊMICAS

A consciência coletiva a qual se vincula todo o sistema familiar encontra-se alicerçada por preceitos observados ao longo de décadas e denominados Leis Sistêmicas, de efeito *erga omnes*, dirigidas a todas as pessoas (HELLINGER, 2003).

No ensinamento de Sami Storch (2018) as leis enunciadas “permitem a compreensão das dinâmicas dos conflitos e da violência de forma mais ampla, além das aparências, facilitando ao julgador adotar, em cada caso, o posicionamento mais adequado à pacificação das relações envolvidas”.

O primeiro comando direcionado à harmonização do sistema anuncia que todos os integrantes do grupo possuem idêntico direito de pertencer ao grupo, revelando uma consciência que não tolera qualquer exclusão de seus integrantes, e na eventual hipótese de um membro desse grupo vir a ser excluído, a consciência coletiva o substituí

por um novo membro do mesmo grupo, quando então, apresentará comportamentos e sentimentos em tudo semelhantes ao do integrante rejeitado, sem que a permuta seja identificada. Nesta lei, observa-se a presença das denominadas lealdades sistêmicas, as tragédias que se vinculam a idênticos padrões de comportamento que se repetem dentro de um mesmo grupo (HELLINGER, 2003).

O segundo preceito protegido pela consciência coletiva é o que determina que quem pertencia anteriormente ao grupo tem precedência sobre quem veio depois, fixando assim por uma questão de ordem, um lugar de posicionamento preciso para cada integrante que chega ao grupo, priorizando os mais antigos em detrimento dos mais novos.

Referido comando elege o elemento temporal, vinculado a data de ingresso no grupo, como determinante para a posição ocupada. Neste critério, também denominado de hierárquico, o decurso do tempo vinculado a idade de cada integrante assegura a coesão do grupo familiar e proporciona paz ao sistema (HELLINGER, 2007).

A terceira lei determina o necessário equilíbrio dentro dos relacionamentos que se estabelecem entre os membros de um determinado grupo e desde que se situem em posições equivalentes, como entre os casais, advertindo que para o sucesso da relação é indispensável a movimentação direcionada à preservação da paridade entre os membros.

A preservação da estabilidade relacional se alcança com a constante equiparação entre o crédito e o débito, gerado pelo dar e o tomar de forma harmoniosa e equivalente. Neste comando a dinâmica perceptível decorrente da compensação desequilibrada poderá conduzir ao término do relacionamento de casal (HELLINGER, 2003).

Direito sistêmico é uma forma de se alcançar a paz nos conflitos num ambiente que as partes são conduzidas a um confronto direto com seu próprio sistema familiar e a partir do qual acessam informações que indicam o caminho da ordem, do equilíbrio e da inclusão de todos, como percurso indispensável para a responsabilização e ação pessoal necessária para a tomada de uma decisão pacificadora.

Nesse sentido, Storch (2010) define o direito sistêmico como “uma visão sistêmica do direito, pela qual só há direito quando a solução traz paz e equilíbrio para todo o sistema”. Assim, promover a paz com justiça é de responsabilidade de cada operador do direito e ninguém está isento de colaborar na minimização dos conflitos para a promoção do bem comum, servindo à justiça com paz.

6 | DIREITO SISTÊMICO E DIREITOS HUMANOS

O direito sistêmico nasce do contexto social, da necessidade do Estado e dos operadores do direito se aproximarem dos destinatários da norma a ser aplicada e que se encontram do campo do litígio, após verificar-se que os limites das decisões judiciais são incapazes de solucionar com efetividade os conflitos apresentados. Assim, se sustenta no princípio constitucional de respeito à pessoa e preservação de sua dignidade contida no

art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com o direito sistêmico, ganha um novo tom quando cada pessoa começa a ser vista com toda a sua dignidade sendo exatamente como é, como fruto da sua verdadeira história, com as dores e a força que traz de sua ancestralidade, assim como foi. Nesse novo conceito, não mais faz sentido tentar igualar os desiguais, como se tem feito, tratando-se as pessoas como vítimas de sua própria realidade e tentando atribuí-la uma outra, por ficção. Negar o valor da realidade e da história familiar de cada um é tolher a possibilidade de um desenvolvimento consistente, que só pode começar da realidade atual – e jamais de sua negação.

A dignidade de alguém cujos pais ou outros antepassados tiveram um destino difícil (com mortes, doenças e crimes, por exemplo) não está na negação do que de fato ocorreu. Negar a sua história, ou dizer que seus pais não foram bons, não lhe trará qualquer dignidade. Ao contrário, lhe subtrai a força advinda das próprias dificuldades atravessadas pelas gerações que compuseram o seu ser atual, induzindo-lhe à negação daquilo que foi e daquilo que é. Como bem observou Hellinger, e reiteradamente se mostra nas constelações, o destino difícil dos antepassados que se tenta esquecer ou negar é uma tentativa de excluir o que pertence. O efeito disso é que, por força da lei do pertencimento, alguém da geração seguinte (o filho atual) busque, inconscientemente, honrar aquele que foi excluído, repetindo o destino trágico.

Agora, com o conhecimento advindo da filosofia hellingeriana, sabe-se que uma pessoa fica em paz quando todos os que pertencem à sua família têm um lugar em seu coração. Portanto, nesta nova visão dos direitos humanos, cabe valorizar o real destino dos familiares e antepassados de cada um, sem qualquer julgamento. Isso não significa ser insensível à dor alheia, mas sim reconhecer que um destino difícil e sofrido da família, quando tomado pelos filhos sem fantasias ou revoltas, mas com seriedade e de olhos abertos, mesmo com a dor nele contida, dá a esses filhos uma força especial, suficiente para libertá-los do padrão trágico de repetições que dominou seus antepassados.

O direito sistêmico traduz a tomada de consciência de um novo direito que está sendo construído também a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, porém agora vistos em um outro nível. É um direito comprometido estruturalmente com a liberdade, solidariedade, tolerância, com o pluralismo, a diversidade cultural e, essencialmente, com o respeito a cada um assim como é, em plena conexão com os direitos humanos. Tal respeito a cada um, vale dizer, não significa o direito de violar os direitos de outrem com a desculpa de “ser como é”, mas sim de cada pessoa capaz ser vista com a grandeza e dignidade suficiente para ser plenamente responsável por si e pelos seus atos.

É a partir dessa tomada de consciência crítica no contexto das relações conflituosas que nasce um direito direcionado para a efetivação de garantias por meio de soluções pacificadoras enaltecendo o valor de cada pessoa.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito sistêmico se sustenta, assim, em leis naturais observáveis fenomenologicamente, que regem os relacionamentos humanos em sociedade e que atuam independentemente da compreensão ou consciência das pessoas a respeito de sua existência, orientando uma justiça que reverencia e amplia o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, consolidando-se na preservação dos direitos fundamentais.

O referido direito se estrutura pela dinâmica das constelações familiares, que podem ser utilizadas em qualquer fase do processo, ou fora dele. A exposição das partes faz parte do método, ensejando amadurecimento pessoal decorrente do enfrentamento dos fatos, sendo imprescindível que os direitos fundamentais das partes sejam respeitados, alinhando-se com as diretrizes dos Direitos Humanos.

Essa abordagem tem o potencial de ser aplicada a todos os sistemas de (re)solução de conflitos. Nestes primeiros anos, a expansão se deu mais rapidamente em experiências no direito penal, familiar e sucessório, estendendo-se de forma ainda tímida para o direito empresarial falimentar, previdenciário e trabalhista. Permite ao operador do sistema em litígio uma leitura amorosa do direito a partir dos conflitos, ampliando a extensão do princípio da dignidade da pessoa e do acesso à Justiça. Impõe ao operador do direito uma nova postura, em conexão com todas as partes em conflito e além delas.

Requer uma aplicação fraterna do direito em direção a uma decisão ampla que acolha todos os interesses e pessoas envolvidas e que em sua solução produza paz para os sistemas envolvidos. É um direito que se encontra em construção, num cenário onde não se observam vitoriosos ou derrotados, pois todos ganham com a pacificação processual que é também social.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Marco. A, F. **Constelação Familiar e Direito: o novo caminho rumo à paz social** in Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Ano XXVIII, n. 133, p. 47, 2017. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/documentos/revs/EDICOES_DA_REVISTA/revista_edicao_133.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

FRANKE-GRICKSCH, Marianne. **Você é um de nós: percepções e soluções sistêmicas para professores, pais e alunos**. 3 ed., Ed. Atman: Belo Horizonte, 2014.

HAUSNER, Stephan. **Constelações Familiares e o Caminho da Cura: A abordagem da doença sob a perspectiva de uma medicina integral**. São Paulo: Ed. Cultrix, 2010.

HELLINGER, Bert. **A paz começa na alma**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Atman, 2016.

HELLINGER, B. **Conflito e paz: Uma Resposta**. São Paulo: Ed. Cultrix, 2007.

HELLINGER, B. **Ordens do amor**, um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo, Ed. Cultrix, 2003.

MENDES, Aline. T. S.; LIMA, G. N. **O que vem a ser Direito Sistêmico?** Revista Jus.com.br, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54930/o-que-vem-a-ser-direito-sistemic>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

ROSA, Amilton. P. **Entrevista Direito Sistêmico e Constelação Familiar.** Carta Forense Mobile, 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/entrevistas/direito-sistêmico-e-constelacao-familiar/16914>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

STORCH, Sami. **O que é o direito sistêmico?** Artigo publicado no blog Direito Sistêmico em 29/11/2010. Disponível em: <<http://direitosistêmico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistêmico/>> Acesso em: 22 out 2014.

STORCH, Sami. **Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário.** In Filosofia, Pensamento e Prática das Constelações Sistêmicas – nº 4. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015. Disponível em: <<https://direitosistêmico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/>> Acesso em 18 nov 2018ç

STORCH, Sami. Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. In **Entre aspás: revista da Unicorp** / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, 2015, vol. 5, p. 305-316. Disponível em <<https://direitosistêmico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistêmico/>> Acesso em: 18 nov 2018

STORCH, S. **Direito Sistêmico na Vara de Família.** In *Prêmio Innovare, edição XIV – Cadastro de Práticas Deferidas, Instituto Innovare*, 2017. Disponível em: <<https://premioinnovare.com.br/pratica/direito-sistêmico-na-vara-de-familia/print>> Acesso em: 18 nov 2018.

STORCH, S. **Constelações familiares e judiciário: reflexões positivas.** Carta Forense (capa julho/2018). Publicado em 03/07/2018. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/constelacao-familiares-e-judiciario-reflexoes-positivas/18232>> Acesso em: 18 nov 2018

A PENSÃO ALIMENTÍCIA PARA EX-CÔNJUGE E SUA INCIDÊNCIA NOS DIREITOS HUMANOS

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 05/05/2020

Isabella Nogueira Freitas

Advogada

Campo Grande-MS

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4585464552777126>

Patrícia Martinez Almeida

Universidade Nove de Julho

Campo Grande-MS

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7663341887410868>

José Manfroi

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
(UFMS)

Campo Grande-MS

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7229537178876462>

RESUMO: O presente trabalho sobre a pensão alimentícia para ex-cônjuge teve a finalidade de abordar esse instituto disciplinado pelo Código Civil brasileiro de 2002 no âmbito dos direitos humanos problematizando a sua atual aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro. A pesquisa se justificou porque o Superior Tribunal de Justiça tem emitido decisões no sentido de que esse instituto deve ter caráter temporário e ratificando-a no ano de 2017, sendo esta uma possível afronta aos direitos humanos

principalmente das mulheres, posto que são as maiores beneficiadas pela pensão alimentícia para ex-cônjuge, visto que costumam ser as que majoritariamente abdicam de sua carreira acadêmica e profissional com fins de se dedicar aos cuidados do lar e da família. Para tanto, o estudo pautou-se nos métodos de abordagem dedutivo e indutivo e de procedimento qualitativo com base em pesquisa bibliográfica, documental e jurimetria. Como hipótese inicial defendeu-se que a prestação alimentícia deve ser analisada pelo poder judiciário sob a ótica de um instrumento para efetivação dos direitos humanos dispostos na Constituição Federal de 1988, bem como em tratados internacionais assinados pelo Brasil como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Concluindo, verificou-se que esse instituto não deve ter obrigatoriamente um caráter temporário em determinadas situações nas quais não é possível que o ex-cônjuge venha se reinserir no mercado de trabalho, sob pena de esta decisão estar legitimando a desigualdade material entre gêneros.

PALAVRAS-CHAVE: Pensão alimentícia, Direitos Humanos, Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: The present article about spousal support board this institute disciplined by the Brazilian Civil Code of 2002, within the scope of human rights, questioning it's current applicability by the Brazilian Judiciary. The research was justified because of the Superior Court of Justice has issued decisions in an effort to this institute must have a temporary character and ratified this in 2017, being this a possible human rights affront, mainly for womens, since they are the biggest beneficiaries of spousal support, because they tend to be those who mostly give up on their academic and professional careers in order to dedicate themselves to the care of home and family. Therefore, the study was based on the deductive and inductive approach methods and qualitative procedure based on bibliographic, documentary and juridical research. As an initial hypothesis, it was argued that the food supply should be analyzed by the judiciary from the perspective of being an instrument for effecting the human rights disciplined in the 1988 Federal Constitution, as well as in international treaties signed by Brazil, such as the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and in the International Covenant on Civil and Political Law. In conclusion, was found that this institute should not have necessarily a temporary character in certain situations in which it is not possible for the ex-spouse to reinsert in the labor market, having the possibility to legitimize material inequality between genders with this decision.

KEYWORDS: Spousal Support, Human Rights, Superior Court of Justice.

1 | INTRODUÇÃO

A pensão alimentícia surgiu como um dever moral de caridade em razão de o ser humano, por sua natureza, necessitar de cuidados desde a sua concepção e não possuir por si só maneiras para manter sua subsistência quando está em desenvolvimento ou quando após o seu desenvolvimento é acometido por circunstâncias que o impedem de prover o seu sustento.

Em vista disto, esse instituto se apresenta em nosso ordenamento jurídico como um instrumento para efetivação de direitos fundamentais do ser humano, pois a prestação de alimentos garante ao alimentando o direito a dignidade da pessoa humana, a vida e integridade física. E, assim sendo, torna-se evidente a importância da garantia desse direito, principalmente no âmbito dos direitos sociais de mínimo de qualidade de vida e dignidade.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça de nosso país tem emitido decisões no sentido de que a pensão alimentícia para ex-cônjuge deve ter caráter excepcional e transitório, o que fez levantar questionamentos acerca da possibilidade de essas decisões estarem restringindo direitos fundamentais, principalmente para as mulheres que ainda são as maiores beneficiadas pela pensão alimentícia para ex-cônjuge.

Neste contexto, o objetivo deste trabalho é estudar a importância da pensão alimentícia

para ex-cônjuge em nosso ordenamento jurídico, para a sociedade como um todo e especificamente para as mulheres, tendo como principal contribuição verificar que, embora deva ser estimulado que o ex-cônjuge seja inserido no mercado de trabalho, nem sempre isso é possível dadas as circunstâncias em que se encontra após o término da sociedade conjugal. Dessa forma, sendo necessário que o poder judiciário observe esse instituto de maneira a efetivar os direitos humanos.

O texto deste trabalho estará organizado da seguinte forma: na seção 2 serão apresentadas as concepções doutrinárias acerca da pensão alimentícia e como se apresenta em nosso ordenamento jurídico. Na seção 3, será apresentado acerca de seu caráter transitório segundo as decisões do Superior Tribunal de Justiça. Na seção 4, serão apresentados os fatos que a torna um instrumento para efetivação dos direitos humanos. E, por fim, a seção 5 trará as conclusões do trabalho e trabalhos futuros.

O presente artigo busca trazer a resolução a tais questionamentos, utilizando de métodos expositivos como meio a se alcançar os objetivos pretendidos, baseando-se na pesquisa de análise pesquisa bibliográfica, documental e jurimetria.

2 | O INSTITUTO SEGUNDO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme disciplina Cahali (1999, p. 30-31) que o ser humano, desde a sua concepção - por sua estrutura e natureza - é um ser carente por excelência; ainda no colo materno, ou já fora dele, a sua incapacidade ingênita de produzir os meios necessários a sua manutenção faz com que se lhe reconheça, por um princípio natural jamais questionado, o superior direito de ser nutrido pelos responsáveis por sua geração.

Assim, surge um dever moral de caridade entre aqueles que estão ligados por vínculos consanguíneos e afetivos dentro de um seio familiar de prestar alimentos aos outros que não possuem a capacidade de manter o seu sustento básico e sua condição social de maneira autônoma – solidariedade parental. Esse dever moral foi transformado em lei, conforme dispõe Dias (2011, p. 513) nesses termos:

Todos têm direito de viver, e viver com dignidade. Surge, desse modo, o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana (CF, 1. III). Por isso os alimentos têm a natureza de **direito de personalidade**, pois asseguram a inviolabilidade do direito a vida, a integridade física. Inclusive, foram inseridos entre os direitos sociais (CF 6.). Depois dos cônjuges e companheiro, são os **parentes** os primeiros convocados a auxiliar aqueles que não têm condições de subsistir por seus próprios meios. A lei transformou os vínculos afetivos em encargo de garantir a substância dos parentes. Trata-se do **dever** de mútuo auxílio transformado em lei. Aliás, este é um dos motivos que leva a Constituição a emprestar especial proteção a família (CF 226). Parentes, cônjuges e companheiros assumem, por força de lei, a obrigação de prover o sustento uns dos outros, aliviando o Estado e a sociedade desse ônus. (grifos no original)

Além de disposto na Constituição Federal, o instituto da pensão alimentícia está disciplinado no Código Civil de 2002 no subtítulo III, dos alimentos, entre os artigos 1.694 até 1.710 e tem tamanha importância em nosso ordenamento jurídico que permite a prisão

civil em caso de descumprimento desse dever.

Assim sendo, esse instituto se torna a única hipótese de prisão civil em nosso ordenamento jurídico, uma vez que o art. 7º do Pacto de San José da Costa Rica de 1969, do qual Brasil foi signatário na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, disciplina que ninguém deve ser detido por dívidas, exceto em virtude de inadimplemento da obrigação alimentar (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, 1969).

Embora o ordenamento jurídico brasileiro traga gigantesca proteção a esse instituto, pressupõe-se que o ser humano depois de desenvolvido, venha encontrar por si só os meios para garantir sua subsistência. Ocorre que, em determinadas situações, temporárias ou permanentes, apesar de desenvolvido, o ser humano não conseguirá manter sua subsistência como se da nos casos de incidência da pensão alimentícia para ex-cônjuge.

O legislador dispôs no artigo 1.694 do Código Civil de 2002 acerca da possibilidade de os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir alimentos aos outros no momento em que se dá o rompimento da vida em comum. Esse artigo dispõe acerca da mútua assistência entre os cônjuges, a qual já era protegida também no Código Civil de 1916 em seu artigo 231, inciso III.

No entanto, cumpre salientar que o Código Civil de 1916 refletia o direito de família baseado no pátrio poder, ou seja, aquele que era exercido exclusivamente pelo homem. Dessa maneira, apesar de a mútua assistência ter sido disposta no referido Código, era pouco vislumbrada na prática em vista de como a sociedade atuava.

Conforme dispõe Dias (2011, p. 511), a obrigação alimentar na prática somente existia como uma prestação do marido em favor da mulher, pobre e inocente, e cessava em caso de abandono do lar sem motivo justo. Notava-se, então, que a preocupação não era quanto a necessidade da mulher, mas sim com a sua honestidade, a qual era uma condição para obter o benefício de receber a pensão alimentícia.

Essa honestidade em relação às mulheres era um conceito que sempre esteve ligado à sua sexualidade, pois esperava das mulheres que mantivessem abstenção sexual, uma vez que caso exercessem a liberdade acarretaria no cessar da obrigação alimentar, independentemente se ela conseguiria ou não sobreviver sem a prestação. Logo, para fazer jus a esse direito, a mulher não precisava provar apenas a necessidade econômica, mas também ser pura, recatada e fiel ao ex-marido.

Dessa maneira, observa-se que na prática os alimentos eram prestados exclusivamente pelo marido como reflexo de o Código de 1916 atribuir em seu artigo 233, inciso III, o direito de o marido autorizar ou não sua esposa a ter uma profissão fora do teto conjugal. Assim, a sociedade da época e o ordenamento jurídico impulsionavam as mulheres a manterem toda a sua vida voltada para as atividades domésticas em razão de o casamento ser indissolúvel segundo o mesmo ordenamento.

Sabe-se que com o advento da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, de que trata a Emenda Constitucional número 9, de 28 de julho de 1977, foi permitido no Brasil que o

vínculo matrimonial pudesse se extinguir por meio do divórcio, não sendo mais necessário que o casal que desejasse por fim ao vínculo conjugal tivesse que passar pelo processo de separação judicial. (BRASIL, 1977).

A referida lei dispõe em seus artigos acerca da possibilidade de um cônjuge prestar ao outro uma pensão alimentícia se dela necessitar uma e assim fixar o juiz, também sobre o fato de que o novo casamento do ex-cônjuge devedor não extingue a obrigação, mas sim o novo casamento do ex-cônjuge credor (BRASIL, 1977).

Nesse sentido, o Código Civil brasileiro de 2002, sancionado após a referida lei do divórcio, trouxe em seu artigo 1571 a ratificação de que o casamento válido poderá se dissolver em decorrência da morte de um dos cônjuges, de nulidade ou anulação ou pelo divórcio (BRASIL, 2002).

Quanto aos efeitos jurídicos da morte, dispõe Nery e Nery Júnior (*apud* FERNANDES, 2014, p. 307) “A morte, como fato da natureza inevitável, para além de encerrar o ciclo biológico da existência, tem uma repercussão importante em termos de direito civil: faz cessar a personalidade jurídica da pessoa natural e, via de consequência, decreta o término do direito da personalidade.”.

Posto isso, não há o que se falar em pensão alimentícia no caso de dissolução do matrimônio em razão da morte de um dos cônjuges, uma vez que a morte põe termo aos direitos de família e faz nascer o direito de sucessão. Desse modo, somente é possível o ensejo da pensão alimentícia para ex-cônjuge no caso de dissolução do casamento por meio do divórcio.

Logo, em caso de divórcio, os alimentos não se restringiram apenas ao necessário para que o alimentando subsista fisicamente, ou seja, aos alimentos denominados como naturais pela doutrina, mas atende também aos alimentos civis, os quais asseguram a educação e o mantimento da condição social do alimentando segundo o artigo 1.604 do Código Civil de 2002.

Sobre a distinção entre alimentos naturais e civis, dispõe Cahali (1999, p.19) que os alimentos naturais são aqueles relativos estritamente ao que é necessário para a manutenção da vida de uma pessoa, abrangendo tão somente a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, enquanto os alimentos civis incluem outras necessidades como intelectuais e morais, inclusive a recreação do beneficiário.

Em seu parágrafo primeiro o artigo 1.604 do Código Civil ordena que os alimentos serão fixados proporcionalmente segundo o binômio necessidade-possibilidade, sendo uma obrigação pautada com base no princípio da proporcionalidade, em favor de alguém que necessita receber a verba alimentar e paga por alguém que tem a possibilidade de provê-la conforme os seus rendimentos.

A necessidade pode ser verificada conforme os requisitos do artigo 1.695 do Código Civil que afirma ser necessitado quem não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, bem como possibilitado aquele que pode de fornecê-los, sem

desfalque do necessário ao seu sustento.

O Código Civil ainda prevê em seu art. 1.699 a possibilidade de os alimentos serem exonerados, reduzidos ou majorados caso sobrevenha mudança na situação financeira de quem os supre ou de quem os recebe, bastando que assim reclame ao juiz.

Cumprido salientar, ainda, que os alimentos possuem caráter de irrenunciabilidade nos termos do artigo 1.707 do Código Civil que estabelece que não são renunciáveis, não podendo ser suscetíveis de cessação, compensação ou penhora. No entanto, o credor poderá optar por exercer ou não esse direito.

Sendo por último que nos interessa o seu artigo 1.708 que relata acerca da remissão do dever de prestar alimentos pelo devedor nos casos em que credor contrair novo casamento, união estável ou concubinato, bem como na hipótese de o credor ter procedimento indigno com o devedor.

3 | A PENSÃO ALIMENTÍCIA E SEU CARÁTER TEMPORÁRIO

Além das características dispostas no ordenamento jurídico brasileiro acerca da pensão alimentícia para ex-cônjuge, o poder judiciário tem emitido entendimentos no sentido de que esse instituto deve ser aplicado como uma medida excepcional, bem como de que deve ter caráter transitório (BRASIL, STJ, 2010).

Em 2010, coube a Terceira Turma do Tribunal do Superior Tribunal de Justiça julgar recurso de um processo originário de Minas Gerais em que o Tribunal de Justiça definiu a pensão alimentícia como devida pelo prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão que a fixou.

Segundo informações da Assessoria de Imprensa do Superior Tribunal de Justiça, a autora de 51 anos de idade pretendia afastar o prazo predeterminado da pensão alegando que deixou de procurar emprego a pedido do ex-marido, médico, que lhe prometera um padrão de vida alto (BRASIL, STJ, 2010).

Apesar da idade avançada e de ter estado afastada do mercado de trabalho por cerca de 20 anos, o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu que a autora era pessoa com idade, condições e formação profissional adequadas para uma provável inserção no mercado de trabalho, o qual foi ratificado pela relatora do STJ.

Em 2011, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou a tese de que o prazo dos alimentos devem ser fixados apenas de forma a possibilitar que o ex-cônjuge seja reinserido no mercado de trabalho em recurso julgado de processo que obteve decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

No mesmo sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu em 2017 decisão no sentido de que a pensão alimentícia para ex-cônjuge deve ter caráter temporário com base em entendimento jurisprudencial do próprio STJ.

Esses entendimentos se dão com fins de estimular a independência das vidas após a

dissolução da sociedade conjugal, principalmente para fins de emancipação das mulheres, o qual tem sido considerado uma das maiores conquistas sociais nos últimos tempos, pois agora não precisa de autorização do marido para laborar e pode conquistar sua independência financeira.

Ocorre que em nas situações fáticas, nem sempre haverá possibilidade de reinserção no mercado de trabalho pela ex-cônjuge, ainda que não esteja em idade avançada ou acometida por doenças que impeçam o desempenho do trabalho, por isso é necessária uma análise das peculiaridades e circunstâncias de cada processo.

A premissa de que todas as mulheres poderão ser reinseridas no mercado de trabalho não é uma realidade que se aplica em nosso país que ainda é marcado por desigualdades quando se trata de conseguir um emprego, bem como ao valor recebido salarial.

4 | A INCIDÊNCIA NOS DIREITOS HUMANOS

Ao definir em decisões acerca do tema da prestação alimentícia para ex-cônjuge que esta deve ter um caráter transitório, ou seja, não pode ser estendida para toda a vida do alimentado, o Superior Tribunal de Justiça pode estar na iminência de ferir direitos humanos¹ principalmente das mulheres, uma vez que ainda são as maiores protegidas por esse benefício.

As mulheres são as maiores beneficiadas, pois apesar de estarem cada vez mais se inserindo no mercado de trabalho, ainda existe uma carga cultural que as impulsionam a se voltarem para as atividades domésticas e prova disso é que segundo dados do Instituto Brasileiro De Geografia E Estatística (IBGE), em 2016 verificou-se que as mulheres que trabalham dedicam 73% a mais de horas aos cuidados domésticos do que os homens (IBGE, 2016).

Por isso, as mulheres tendo que conciliar o trabalho remunerado com as atividades domésticas, acabam aceitando ocupações com carga horária reduzida culminando em um índice de que 28,2% das mulheres trabalham em tempo parcial, enquanto o índice para os homens é de apenas 14,1% segundo fontes do IBGE.

Outros dados curiosos da mesma fonte são de que apesar de as mulheres estarem 37,9% a frente dos homens nos índices entre as pessoas que possuem curso superior, apenas uma entre dez deputados eram mulheres em 2017 e essas ocupavam apenas 37,8% dos cargos gerenciais em 2016 enquanto os homens ocupavam 62, 2%.

Isso demonstra que há uma desigualdade de gênero quando se trata de inserção no mercado de trabalho, bem como nos cuidados com as atividades domésticas, as quais levam as mulheres a abdicarem de ascenderem profissionalmente em favor do marido, dos filhos e das atividades domésticas.

Sobre a inserção da mulher no mercado de trabalho e a sua relação com as atividades

domésticas, dispõe Ribeiro (2017, p.54):

Em especial, nas grandes metrópoles urbanas, a mulher passou acumular o trabalho dentro e fora do lar, sem que tenha havido a necessária contrapartida masculina da repartição dos afazeres domésticos e cuidados com os filhos, obrigando-as, portanto a dupla jornada de trabalho. Assim, as mulheres passaram a acumular o papel de “protetoras” e “provedoras” de seus lares, numa situação paradoxal, onde sua fragilidade física de coloca ao lado da assunção da multiplicidade de afazeres de naturezas em decorrência de sua habilidade de conciliar diferentes tarefas a um só tempo.

Dessa maneira, verifica-se que as desigualdades entre as mulheres e os homens não estão adstritas a fatores biológicos, mas estão presentes principalmente em relação ao papel social desempenhado por cada gênero na sociedade. Por isso, são necessários mecanismos de igualação para diminuir essas diferenças e efetivar os direitos humanos.

O Brasil incorporou em seu ordenamento jurídico por meio do Decreto Legislativo número 93 de 14 de novembro de 1983 a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 1979 (ONU, 1979).

Esse é o principal documento internacional de proteção aos direitos das mulheres e tem por fins assegurar o fim da discriminação e igualdade de gênero e ao ratificar essa Convenção, o Brasil se comprometeu a adotar medidas para que sejam efetivadas essas metas dispostas no documento.

Segundo Ribeiro (2017, p.58) outro pacto que integra a normatividade internacional com fins de garantir a não discriminação a mulher por meio da busca por igualdade entre homens e mulheres no gozo dos direitos civis e políticos é o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) de 1966, que foi acolhido no Brasil por meio do Decreto número 592 de 06 de setembro de 2002.

Em seu artigo 23, o referido pacto dispõe que os estados partes do Pacto deverão adotar medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução com fins de garantir questões existenciais e visando a pessoa como merecedora de tutela (PIDCP, 1966).

Considerando que apesar de reconhecida a necessidade de igualdade de gêneros, os índices apontados demonstram que não há efetividade de igualdade e as mulheres ainda não se encontram com as mesmas possibilidades de trabalho que os homens por isso fazem jus ao direito de receber pensão alimentícia por caráter permanente.

Ocorre que essa decisão de que a pensão alimentícia deve ter caráter temporário apenas fomenta a situação de muitas mulheres que acabam por aceitar relacionamentos abusivos e sofrer violência doméstica em razão de saberem que não conseguirão se reinserir no mercado de trabalho e que dependem do vínculo do matrimônio para sobreviverem.

Portanto, essa decisão não está sendo usada como um instrumento para efetivação dos direitos humanos das mulheres, pois está violando os pactos internacionais assumidos

pelo nosso país com fins de garantir a igualdade de gênero.

Ao proferi-las, o Superior Tribunal de Justiça não está obedecendo além dos tratados acerca de direitos humanos, também a Constituição Federal de 1988, pois definir que a pensão alimentícia deve ter caráter temporário é o mesmo que dizer que homens e mulheres são iguais materialmente.

No entanto, a igualdade disposta na Constituição Federal de 1988 diz respeito a tratar os iguais de maneira igual e os diferentes de maneira diferente para que possam se assemelhar em direitos e obrigações.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa maneira, conclui-se que a pensão alimentícia é um instituto utilizado em nosso país para garantir a efetivação de direitos humanos dentro do seio familiar e garantir que as pessoas que não possuem capacidade de subsistência própria sejam providas pelos seus familiares de maneira solidária.

A pensão alimentícia para ex-cônjuge se dará nos casos de rompimento da sociedade conjugal e será prestado por um dos cônjuges em favor do outro que por condições temporárias ou permanentes não puder ocupar um posto no mercado de trabalho e por si só manter sua situação econômica.

Ela decorre de princípios sociais e constitucionais, sendo que está prevista em nosso ordenamento jurídico no Código Civil brasileiro de 2002 e na Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, bem como será aplicada segundo as normas procedimentais do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça de nosso país tem emitido decisões ao longo dos anos em diversos casos no sentido de que a pensão alimentícia para ex-cônjuge deve ter caráter transitório e excepcional, das quais uma das últimas decisões ratificando o entendimento foi no ano de 2017.

Essas decisões possuem como fundamento o fato de que atualmente as mulheres podem se inserirem com mais facilidade no mercado de trabalho e têm o escopo de incentivar que essas possam ter sua autonomia financeira.

No entanto, as referidas decisões têm desconsiderado a desigualdade de gênero existente em âmbito fisiológico e principalmente social, pois as mulheres são impulsionadas a serem as únicas responsáveis pelas atividades domésticas em nossa sociedade e por isso acabam abdicando totalmente ou parcialmente de terem uma ascensão profissional.

Por isso é que se faz necessário um amparo do ex-cônjuge para os casos de dissolução conjugal em que as mulheres não conseguem se reinserirem no mercado de trabalho e atingir as mesmas condições financeiras que os homens que majoritariamente não precisaram abdicar do trabalho em favor do lar e da prole.

Ademais, o Brasil adotou em seu ordenamento jurídico o a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, bem como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, se comprometendo em ambos buscar efetivar a igualdade formal e material de gêneros.

Essa igualdade de gêneros também está disposta como um direito fundamental em nossa Constituição Federal de 1988, portanto se encontram como premissas que o Estado deve buscar atender-las por meio de todos os mecanismos disponíveis.

Contudo, ao julgar acerca da pensão alimentícia para ex-cônjuge, o Superior Tribunal de Justiça não tem utilizado esse instituto como um instrumento para efetivar os direitos humanos principalmente das mulheres, no entanto, tem mitigado seus direitos.

Essa decisão além de ir contra aos princípios fundadores do nosso Estado Democrático de Direito que está disposto na Constituição Federal, também viola tratados internacionais que se encontram com a mesma força normativa.

Isso se dá porque a pensão alimentícia para ex-cônjuge é uma segurança jurídica colocada a disposição de muitas mulheres que se encontram em situação de poucos recursos financeiros e qualificação para se reinserirem no mercado de trabalho após anos dedicados aos cuidados domésticos.

Situação essa que praticamente não são presenciadas pelos homens e levam muitas mulheres a se submeterem a situações de relacionamentos abusivos e de violência doméstica por dependerem financeiramente do cônjuge sabendo que não poderão subsistir por si próprias sem o seu auxílio financeiro.

Portanto, é indubitável que a maneira correta de aplicação do instituto da pensão alimentícia no Brasil para que ela de fato venha atender aos princípios sociais, constitucionais, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos seria por meio de uma revisão acerca do entendimento do tema pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como sendo a corte responsável por julgar as matérias infraconstitucionais em última instância, o Superior Tribunal de Justiça deve refletir em suas decisões a garantia e defesa do Estado de Direito, bem como os princípios constitucionais.

Para tanto não é o entendimento mais apropriado sobre o instituto da pensão alimentícia para ex-cônjuge não é de que esta deve ter caráter transitório e excepcional, pois assim está legitimando a desigualdade entre os indivíduos.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner; DA SILVEIRA, Wladimir Oliveira (Coord.); FERNANDES, Ana Carolina Souza (Org.). **Comentários ao pacto internacional**: sobre direitos civis e político. São Paulo: Clássica Editora, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 de abr. 218.

BRASIL. **Decreto número 592, de 6 de julho de 1992.** Dispõe sobre o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 18 de abr. 2018.

BRASIL. **Decreto número 678, de 6 de novembro de 1992.** Dispõe sobre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em: 18 de abr. 2018.

BRASIL. **Decreto número 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Dispõe sobre a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm> Acesso em: 18 de abr. 2018.

BRASIL. **Lei número 3.071,** de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm> Acesso em: 19 de abr. 2018.

BRASIL. **Lei número 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Dispõe sobre os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm> Acesso em: 18 de abr. 2018.

BRASIL. **Lei número 10.406,** de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 19 de abr. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Alimentos entre ex-cônjuges: para o STJ, excepcionais e temporários. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100064319/alimentos-entre-ex-conjuges-para-o-stj-excepcionais-e-temporarios>> Acesso em: 06 de mar. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** É possível fixação de alimentos transitórios a ex-cônjuge. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2374302/e-possivel-fixacao-de-alimentos-transitorios-a-ex-conjuge>> Acesso em: 05 de mar. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Quarta Turma decide que é possível prisão civil por pensão alimentícia devida a ex-cônjuge. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-decide-que-é-poss%C3%ADvel-prisão-civil-por-pensão-aliment%C3%ADcia-devida-a-ex-cônjuge> Acesso em: 06 de jun. 2018.

CAHALI, Youssef Said. **Dos alimentos.** 6. ed. Revista dos Tribunais, 1999.

CARVALHO, Miranda Vilela Neudimar. Diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. **Jusbrasil.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59616/diferenca-entre-direitos-humanos-e-direitos-fundamentais>> Acesso em: 09 de abr. 2018.

CONSULTOR JURÍDICO. Pensão alimentícia a ex-cônjuge tem caráter temporário, reafirma STJ. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-24/pensao-alimenticia-ex-conjuge-carater-temporario-reafirma-stj>> Acesso em: 04 de abr. 2018.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de família. 12. ed. Revista dos Tribunais, 2017.

IBGE. **Estatísticas de gênero: responsabilidade por afazeres afeta inserção das mulheres no mercado de trabalho.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho.html>> Acesso em: 09 de jun. 2018.

JUSBRASIL. **A Proteção Internacional do Direito das Mulheres.** Disponível em: <<https://laurasantoss.jusbrasil.com.br/artigos/400752160/a-protecao-internacional-do-direito-da-mulheres>> Acesso em: 09 de abr. 2018.

JUSBRASIL. **Turma do STJ decide que não pagar pensão alimentícia a ex-cônjuge pode ser motivo para prisão.** Disponível em: <https://correcaofgts.jusbrasil.com.br/noticias/569445179/turma-do-stj-decide-que-nao-pagar-pensao-alimenticia-a-ex-conjuge-pode-ser-motivo-para-prisao?ref=topic_feed> Acesso em: 07 de jun. 2018.

MARQUES, Heitor Romero *et al.* **Metodologia da pesquisa e do trabalho científico.** 5.ed. Campo Grande: UCDB, 2017.

MONTEBELLO, Mariana. A Proteção Internacional aos Direitos da Mulher. **Revista da EMERJ**, v.3, n.11, 2000. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_155.pdf> Acesso em: 09 de abr. 2018.

NERY, Maria de Andrade Rosa; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

A MAJORAÇÃO DE 25% NO VALOR DA APOSENTADORIA SOMENTE AO APOSENTADO POR INVALIDEZ: DA CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Data de aceite: 03/08/2020

Selma Cristina Tomé Pina

<http://lattes.cnpq.br/4015540585941553>

<https://orcid.org/0000-0003-3300-0456>

Juvenio Borges Silva

<http://lattes.cnpq.br/2524142543068754>

RESUMO: O presente estudo tem o objetivo de analisar a norma insculpida no artigo 45, *caput*, da Lei nº. 8.213/91, direito previsto ao aposentado por invalidez para a complementação de 25% no valor da aposentadoria, caso necessite de auxílio de terceiros para suas atividades básicas, considerando que a majoração somente ao aposentado por invalidez, fere a Constituição Federal de 1988 e seus princípios norteadores, pois a Previdência social é dever do Estado e deve ser prestada aos seus segurados que dela necessitar, estabelecendo requisitos mínimos de modo que satisfaça a justiça social. Observou-se, que a norma de majoração da aposentadoria é taxativa, excluindo os outros institutos de aposentadoria, como por exemplo, idade, tempo de contribuição, o que por sua vez, tal exclusão colide com os direitos e garantias fundamentais, previstos constitucionalmente, especialmente com o Princípio da Dignidade

da Pessoa Humana, razão pela qual defende-se ser dever do Estado zelar pelo bem estar social, garantindo uma sobrevivência digna dos cidadãos. O estudo foi amparado por pesquisa bibliográfica a partir de livros, artigos, leis e outros documentos.

PALAVRAS-CHAVE: Benefício Previdenciário, Aposentadoria por Invalidez, Dignidade da Pessoa Humana, Majoração.

ABSTRACT: The present study has the objective of analyzing the norm inscribed in article 45, chapter , of Law no. 8,213 / 91, which entitlement to retiree due to invalidity for the supplementation of 25% in the value of retirement, in case it requires third-party assistance for its basic activities, considering that the increase only to retiree due to disability, violates the 1988 Federal Constitution and its guiding principles, since Social Security is a duty of the State and should be provided to its policyholders who need it, establishing minimum requirements in a way that satisfies social justice. It was observed that the rule of increase of retirement is exhaustive, excluding the other retirement institutes, such as age, time of contribution, which in turn, this exclusion conflicts with the fundamental rights and guarantees, constitutionally provided, especially with the Principle of the Dignity of the

Human Person, which is why it is defended that it is the duty of the State to ensure social welfare, ensuring a decent survival of the citizens. The study was supported by bibliographic research from books, articles, laws and other documents.

KEYWORDS: Social Security Benefit, disability retirement, Dignity of human person, Majority.

1 | INTRODUÇÃO

Uma expressiva parcela da população brasileira sofre com dificuldades financeiras, enfrentando diariamente desafios para sobreviver com dignidade e acesso a direitos sociais e políticas públicas. Neste contexto, este estudo dá especial atenção para os aposentados, que na maioria das vezes, tem um benefício de baixo valor aquisitivo sendo este sua única fonte de renda para suprir suas necessidades primárias de saúde, alimentação, moradia, lazer e outros direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal.

O acesso a previdência como direito social é inerente a população de forma geral, sendo as normas e formas de aposentadorias definidas de acordo com as necessidades e enquadramento legal de cada cidadão, com responsabilidade do Estado como garantidor das prerrogativas legais.

Dentro desta temática aborda-se a aposentadoria por invalidez, quando após a realização de perícia médica confirma-se a incapacidade do segurado para exercer atividade laborativa e lhe é concedido um benefício para suprir a ausência do salário, que pela incapacidade não pode ser obtido a partir do trabalho.

Para os aposentados por invalidez que necessitem do auxílio de terceiros no desenvolvimento de suas atividades básicas é assegurado pela Lei um acréscimo de 25% sobre o valor da aposentadoria. Esse complemento constitui dever do Estado e direito dos cidadãos necessitados, de modo que deve ser realizada de forma integrada às políticas setoriais, buscando à garantia de atendimento às necessidades básicas.

Para a concessão da majoração no valor da aposentadoria, existe uma norma taxativa, em lei específica, estabelecendo critérios mínimos para sua concessão. Ocorre que muitas vezes outros aposentados, que não por invalidez, também necessitam dos cuidados de terceiros em suas atividades básicas e ficam fora da abrangência da norma.

Assim, o objetivo do estudo é abordar, de forma crítica, no que consiste o critério da aposentadoria por invalidez, prevista no artigo 45, da Lei, 8.213/91, adotada pelo Plano de Benefícios da Previdência Social para fins de concessão do benefício, sob a seara constitucional, onde será verificada a observância aos direitos fundamentais, em especial, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda no decorrer da pesquisa, retrata-se a importância da atuação do poder judiciário como meio de efetivação de direitos sociais e, a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que em julgamento de recurso repetitivo uniformiza tese sobre o pagamento do adicional de 25% em todas as modalidades de aposentadoria pagas pelo

Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Julga-se relevante a devida abordagem sobre o tema, face à importância do alcance da prestação assistencial às pessoas necessitadas, que são cuidadas diariamente por terceiros, diante de sua incapacidade para os atos diários da vida, no combate à pobreza, promovendo o bem estar social.

Apesquisa foi desenvolvida com análise bibliográfica, legal e jurisprudencial em livros, artigos, teses e dissertações, resoluções, cartilhas, leis, estatutos e outros documentos que abordam o tema.

2 | A PREVIDÊNCIA SOCIAL E SUAS CARACTERÍSTICAS LEGAIS

De acordo com a Constituição Federal de 1988 a seguridade social compreende a Assistência Social, o Sistema Único de Saúde (SUS) e a Previdência Social, com normatização inserida no seio dos direitos sociais, previsto constitucionalmente no caput do artigo 194 como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar o direito à saúde, à previdência e à assistência social”.

De acordo com Kertzman (2015), a previdência social será organizada em regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, observados os critérios estabelecidos para a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial. Trata-se de seguro coletivo, contributivo, compulsório, de organização estatal, custeado, principalmente, pelo regime financeiro de repartição simples, o que por sua vez, deve ser conciliado este regime em equilíbrio financeiro e atuarial.

Assim, a previdência social, é uma ramificação da seguridade social, e tem como escopo assegurar seus beneficiários, mediante uma contraprestação, ou seja, exige que o trabalhador seja filiado à previdência, o que por sua vez é de caráter obrigatório, e a pessoa deve fazer os devidos recolhimentos previdenciários, para que assim faça jus ao recebimento do benefício por motivos de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Vejamos nesta linha a definição de Fernandes:

O direito à previdência social se expressa na prerrogativa dada ao indivíduo para que o mesmo se vincule a um regime de previdência social, sendo-lhe, portanto, assegurado, mediante contribuição: cobertura de doenças, invalidez, morte e idade avançada; ainda, a proteção à maternidade, salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e pensões, por morte ao cônjuge ou companheiro, bem como aos seus dependentes. (FERNANDES, 2011, p. 619).

Portanto, o conceito de Previdência Social tem o mesmo significado de seguro social. Assim, pode ser definida como o seguro que garante uma determinada renda ao trabalhador e conseqüentemente para seus dependentes, obedecendo ao limite legal

estabelecido ao teto do RGPS – Regime Geral da Previdência Social, pela ocorrência da perda permanente ou temporária da capacidade de desenvolver atividades que lhe garanta a sua subsistência e de sua família, em decorrência dos riscos sociais.

No que diz respeito a aposentadoria por invalidez há previsão específica no artigo 201, inciso I, da CF/88.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (CF/88, Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Em se tratando de norma específica, campo infraconstitucional, regulamentando a matéria para o caso, é a Lei nº. 8.213/91, mais precisamente em seus artigos 42 a 47.

O artigo 42, da Lei 8.213/91, prescreve:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Denota-se da disposição legal que, o evento invalidez deverá ser, necessariamente, causador da incapacidade total e definitiva para o trabalho, o que por sua vez, acarretará danos graves a sua subsistência, impossibilitando sua reabilitação profissional.

Para ser concedido o benefício de aposentadoria por invalidez, o segurado deverá obedecer os requisitos mínimos cumulativos, qual sejam, incapacidade total e permanente e carência mínima de 12 (doze) meses, ininterruptos, salvo os casos previstos no artigo 151, do PBPS. (Artigo 42, caput, Lei nº. 8.213/91)

O deferimento da aposentadoria por invalidez dependerá da análise da condição de incapacidade, mediante exame médico pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, a seu múnus, ser acompanhado de médico de sua confiança.

No entanto, de acordo com Kertzman (2015) é primordial comprovar que o segurado tem uma incapacidade que o impede de exercer atividade laboral que possa lhe garantir sustento, e, esta incapacidade deve ser sem prognóstico de melhora, incapacidade que se apresente como definitiva.

Ainda em análise do artigo supra tem-se que a pessoa, para ter direito ao recebimento da aposentadoria por invalidez, além da incapacidade, deverá comprovar cumulativamente, qualidade de segurado, ou seja, o mínimo de contribuições para o recebimento do benefício e ter recolhimentos para os cofres públicos do INSS. Sem obediência a estes requisitos não há como lograr êxito para a concessão do benefício ora aludido.

O artigo 45, da Lei nº. 8.213/91, prevê que para aquele aposentado por invalidez que necessitar de assistência permanente de outra pessoa, será majorado o percentual de 25% no valor da aposentadoria que já auferir.

O referido artigo 45 e artigo 45, caput do Decreto nº. 3.048/99 remete a análise

de seu anexo I, ponderando as situações que o aposentado por invalidez possui direito a complementação dos 25%, quais sejam: a cegueira total, perda de nove dedos das mãos ou superior a esta, paralisia dos dois membros superiores ou inferiores, perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível, perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível, perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível, alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social, doença que exija permanência contínua no leito e incapacidade permanente para as atividades da vida diária.

Haverá casos em que sendo concedida a complementação dos 25% no valor da aposentadoria, poderá resultar na renda mensal inicial a ultrapassagem do teto legal. Assim, a própria norma permite que a RMI- renda mensal inicial seja superior ao teto.

O complemento na aposentadoria cessa com a morte do contemplado do benefício, não se estendendo aos herdeiros, nem integrando ao benefício de pensão por morte, nos termos do artigo 45, parágrafo único, alínea “c”, da Lei nº 8.213/91.

A norma, não faz referência quanto à pessoa que prestará assistência permanente ao segurado, ou seja, não precisa ser necessariamente, de sua família. A jurisprudência dominante entende que se a referida lei não faz essa restrição, não pode o interprete fazer.

Partindo da premissa da norma, e em análise da letra fria da lei, vê-se que a se faz referência ao aposentado por invalidez, que assim dispõe “O valor da aposentadoria por invalidez...”, ou seja, que para lograr êxito em ter essa complementação no valor de sua aposentadoria, requer-se que a pessoa seja, necessariamente, aposentada por invalidez.

O segundo requisito exigido pela norma, para a concessão do benefício, é a dependência permanente de terceiros para desenvolver suas atividades básicas, conforme ainda expressa no caput do artigo 45, da Lei nº 8.213/91, que assim dispõe: “... que necessitar da assistência permanente de outra pessoa...”.

Compreende-se que o critério estabelecido pela norma, sendo esta taxativa, exclui as demais pessoas aposentadas por outros institutos de aposentadoria. Assim os demais institutos de aposentadoria, não são englobados pela referida lei, e, em análise neste estudo há uma clara afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana estabelecido como princípio basilar da constituição brasileira. É o que analisaremos a seguir.

3 | O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORMA FUNDAMENTAL DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS SOCIAIS

A dignidade da pessoa humana em uma análise constitucional, transcende matérias conceituais ou interpretação objetiva, sendo concretizada na carta magna brasileira como princípio norteador das garantias dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Destaca-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, tem como fundamento, por se tratar de um estado democrático, a dignidade da pessoa humana. Somando-se a esse fundamento, temos o artigo 3º como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, também da Constituição Federal/88, em seu inciso III, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

A dignidade da pessoa humana é um dos alicerces da República do Brasil, consubstanciada no mais importante dos fundamentos, intrinsecamente ligado as demais leis e ao próprio direito a vida.

De acordo com Sarlet (2011), concentra tal princípio um valor supremo do estado democrático de direito, além da orientação, interpretação e aplicação em todos os direitos fundamentais, reconhecendo a prerrogativa de toda a pessoa humana em ser compreendido como o centro e o fim do direito e em ser respeitada como pessoa, trazendo à concretude do sistema jurídico vigente.

Consoante aos direitos fundamentais também os direitos humanos amparam a dignidade como parte inseparável dos direitos fundamentais. Nesta defesa Piovesan (2018), explica que os direitos fundamentais são àqueles previstos nos artigos 5º e 6º, da CF/88, como por exemplo, o direito à vida privada, intimidade, honra, imagem, incolumidade física, condição digna de trabalho e saúde, dentre outros.

O Conselho Nacional dos direitos Humanos – CNDH, do qual o Brasil faz parte, tem por finalidade a promoção e a defesa dos direitos humanos e as garantias fundamentais previstas constitucionalmente, os quais devem obediência, sendo, portanto, devida a sua aplicabilidade. O conselho, instituído em 2014, substituiu o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, através da criação da Lei nº 12.986 de 02 de junho de 2014, que nas disposições preliminares, prevê:

Art. 2º O CNDH tem por finalidade a promoção e a defesa dos direitos humanos, mediante ações preventivas, protetivas, reparadoras e sancionadoras das condutas e situações de ameaça ou violação desses direitos.

§ 1º Constituem direitos humanos sob a proteção do CNDH os direitos e garantias fundamentais, individuais, coletivos ou sociais previstos na Constituição Federal ou nos tratados e atos internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil (CNDH, 2108).

Para Piovezan (2018), Todo ser humano possui uma dignidade que lhe é inerente, sem qualquer condição que o estabeleça, que o defina, ou o caracterize, a não ser, a própria pessoa, a sua existência, o ser humano carregado de seu valor. Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta como uma norma diretiva com uma finalidade preestabelecida a ser conquistada, um norte de caminho para o Estado, estabelecendo deveres para a persecução dos meios necessários a uma vida humana digna.

Assim é também o entendimento de Sarlet:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano o fez merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET 2002, p.22).

Por sua grande importância, através Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº. 217-A, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, a dignidade foi reconhecida como essência a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Ressalte-se que a dignidade da pessoa humana, sob o preceito ético e como respaldo constitucional requer do Estado respeito, proteção e garantia de efetivação dos direitos dela decorrentes. Destarte, todo ser humano é sujeito de direitos e deveres e que assim deve ser tratado.

4 | A AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O legislador ao restringir os demais aposentados no tocante ao complemento de 25% no valor da aposentadoria, mesmo que atingindo o máximo do teto legal, está ferindo a dignidade da pessoa humana, englobando somente os aposentados por invalidez, e conseqüentemente, excluindo os demais institutos.

O equívoco do legislador ordinário ao delimitar o referido acréscimo no benefício previdenciário somente aos aposentados por invalidez afrontou não somente o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também, o princípio da isonomia, uma vez que também possui respaldo constitucional a igualdade a todo cidadão em direitos e deveres.

Quando nos referimos às condições mínimas de existência de cada ser humano, estamos enfatizando o assunto intrinsecamente conexo à consolidação dos direitos fundamentais, que mostra a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana. Em se tratando de condições mínimas de existência, estamos nos referindo àqueles direitos que suprem as necessidades básicas de cada indivíduo.

Assim define Silva (2006), que os direitos constitucionais sob a interpretação de direitos fundamentais estão assim protegidos e elencados, pois tem a função precípua de garantir ao cidadão atendimento de suas necessidades básicas como ser humano, nela abrangidas a vida, saúde, liberdade, individualidade e bem estar.

Desta forma, a concreção dos direitos fundamentais é a consolidação da dignidade humana, sendo que sua promoção e efetivação através de institutos sociais, são uma valoração do mínimo existencial.

Porém, o aposentado por idade, por exemplo, que tenha se tornado incapaz por uma doença adquirida ou mesmo pela idade e, que venha necessitar da ajuda de terceiros para viver, ao procurar seus direitos junto ao Instituto de Seguridade Social – INSS - pela via administrativa ou mesmo através da justiça, recebe a negativa do pedido da majoração do benefício. Junto ao indeferimento esvai-se sua dignidade, perdendo todo o valor de que é inerente ao homem, pois há presente a instabilidade e a incapacidade física e emocional que lhe compromete o mínimo existencial, podendo colocar em risco a sua própria vida.

Nesta mesma linha de pensamento Piovesan (2018), afirma que o reconhecimento aos direitos sociais do homem e sua realização denotam uma construção da razão, significando que estes não podem ser violados, pois se trata de um dever, uma imposição de valores reconhecidos por lutas no decorrer do tempo, devendo ser promovidos e protegidos, pois ao contrário disso retorna para o homem um sofrimento e uma ausência da compreensão de seu valor como ser de direito que implica em diversas esferas de sua vida pessoal.

Ora, não é possível admitir a concessão do acréscimo somente aos aposentados por invalidez, sem negar a separação e exclusão de direitos de um para outro, sendo que todos que requerem tal complemento, estão frente a mesma situação fática, ou seja, na dependência de outra pessoa para a desenvoltura de suas atividades básicas. Essa atitude é negar os direitos apregoados pela constituição federal como garantias de vida digna.

Entretanto, na concessão do adicional de 25% em favor daquele aposentado por invalidez, não lhe era exigido que a necessidade da assistência permanente de outra pessoa já estivesse lhe acometido, o que por sua vez, surge após sua concessão, momento em que é requerida e deferida.

Assim, fica claro que ao aposentado comum também assiste o direito na interpretação extensiva da norma, garantindo a este segurado a igualdade de direitos.

Reconhecendo a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudências dos Juizados Especiais Federais (TNU), uniformizou o entendimento para estender a majoração da aposentadoria a outro instituto:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA. TEMA AFETADO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. ADICIONAL DE 25% PREVISTO NO ART. 45 DA LEI 8.213/91. EXTENSÃO À APOSENTADORIA POR IDADE E POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CABIMENTO. APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO. QUESTÃO DE ORDEM 20. PROVIMENTO PARCIAL DO INCIDENTE. RETORNO À TR DE ORIGEM PARA ADOÇÃO DA TESE E CONSEQUENTE ADEQUAÇÃO. 1. (...) 2. O aresto combatido considerou que, sendo a parte-autora titular de aposentadoria por idade, não há amparo legal à concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/91, a não ser para aquele expressamente mencionado no dispositivo legal (aposentadoria por invalidez). (...)5. O Ministério Público Federal opinou, nos termos do art. 17, V, do RI/TNU, no sentido do provimento do incidente de uniformização para considerar “possível a extensão do adicional de 25% para outras modalidades de aposentadorias diversas da concedida por invalidez, desde que se comprove que a incapacidade do requerente, bem como a

necessidade de assistência permanente de terceiros”. (...)16. Entretanto, aplicando-se o princípio da isonomia e se utilizando de uma análise sistêmica da norma, conclui-se que referido percentual, na verdade, é um adicional previsto para assistir aqueles segurados aposentados que necessitam de auxílio de terceira pessoa para a prática dos atos da vida diária. O seu objetivo é dar cobertura econômica ao auxílio de um terceiro contratado ou familiar para apoiar o segurado nos atos diários que necessite de guarida, quando sua condição de saúde não suporte a realização de forma autônoma. 17. O que se pretende com esse adicional é prestar auxílio a quem necessita de ajuda de terceiros, não importando se a invalidez é decorrente de fato anterior ou posterior à aposentadoria. A aplicação da interpretação restritiva do dispositivo legal, dela extraindo comando normativo que contemple apenas aqueles que adquiriram a invalidez antes de aperfeiçoado o direito à aposentadoria por idade ou tempo de contribuição, por exemplo, importaria em inegável afronta ao direito de proteção da dignidade da pessoa humana e das pessoas portadoras de deficiência. (...) Logo, não se apresenta justo nem razoável restringir a concessão do adicional apenas ao segurado que restou acometido de invalidez antes de ter completado o tempo para aposentadoria por idade ou contribuição e negá-lo justamente a quem, em regra, mais contribuiu para o sistema previdenciário. (...) Por essas razões, operando-se interpretação conforme à Constituição, deve-se compreender que o adicional de que trata o art. 45 da Lei n. 8.213/91 tem como pressuposto de concessão o fato de o segurado se encontrar incapacitado de modo total e permanente, necessitando ainda da assistência contínua de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria de que seja titular (...)

Isso porque, para a concessão do acréscimo de 25% em favor do aposentado por invalidez, não se exige que a necessidade de assistência permanente de outra pessoa já esteja instalada quando da concessão da aposentadoria, podendo ser requerida e concedida se tal necessidade surgir em momento posterior à concessão do benefício. (...) 45. Incidente conhecido e provido, em parte, para firmar a tese de que é extensível às demais aposentadorias concedidas sob o regime geral da Previdência Social, que não só a por invalidez, o adicional de 25% previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, uma vez comprova a incapacidade do aposentado e a necessidade de ser assistido por terceiro. (...) (PEDILEF 50008904920144047133, JUIZ FEDERAL SÉRGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA, TNU, DOU 20/05/2016.) Disponível em: <http://www.cjf.jus.br>. Acesso em 12/11/2017.

Consoante ao entendimento do TNU, Ibrahim (2014), preceitua que diante do caso concreto, ainda que a majoração na aposentadoria deva ser garantida por lei, o intérprete não deve se omitir frente a realidade que está sob sua análise. Assim, vejamos as lições do doutrinador supra:

(...) ainda que o legislador frequentemente utilize-se de parâmetros objetivos para a fixação de direitos, a restrição financeira pode e deve ser ponderada com características do caso concreto, sob pena de condenar-se à morte o necessitado, ainda que a extensão do benefício somente possa ser feita por lei, não deve o intérprete omitir-se à realidade social. (p. 14).

A exclusão da referida norma aos demais aposentados, quais sejam, àqueles não enquadrados no rol estritamente taxativo da lei prevista no Plano de Benefícios da Previdência Social, não se enquadra na estrutura fundamental do Estado, conforme conceitua Groppali (1962), nos seguintes termos:

(...) é absurdo recursar-se que a defesa, a ordem, o bem-estar e o progresso, que representam o fim supremo de qualquer Estado em qualquer tempo, seja elevados a elementos formadores do Estado, uma vez que tais finalidades constituem o conteúdo de toda a atividade estatal, determinando mesmo a estrutura fundamental do Estado. (p. 110).

Vê-se que a partir dessa premissa, o próprio Estado atenta contra suas próprias finalidades, qual seja, o bem-estar do seu povo, onde deveria agir de modo prudentemente moral, zelando pela dignidade da pessoa humana e o bem estar social de seus cidadãos.

Nesse liame, Dallari (2012), subdivide as finalidades precípuas do Estado, sendo a primeira em objetiva e a segunda subjetiva, mas, para o entendimento melhor de nosso estudo, filtrando para o caso em apreço, aos fins subjetivos do Estado:

Para os que se atêm aos fins subjetivos o que importa é o encontro da relação entre os Estados e os fins individuais. O Estado é sempre uma unidade de fim, ou seja, é uma unidade conseguida pelo desejo de realização de inúmeros fins particulares, sendo importante localizar os fins que conduzem a unificação. De fato, sendo a vida do Estado uma série ininterrupta de ações humanas, e sendo estas, por sua vez, sempre determinadas por um fim, é lógico que os fins do Estado deverão ser a síntese dos fins individuais. Isso é que explica a existência das instituições do Estado e a diferença de concepções a respeito das mesmas instituições, de época para época (p.109)

Diante disso, é forçoso reconhecer a necessidade do Estado visar a finalidade dos interesses particulares. É claro que não será para beneficiar um ou outro indivíduo e nem aquele em detrimento deste, mas sim, toda uma coletividade que dela necessitar. O próprio Estado detém de recursos passíveis de reconhecer o melhor instrumento para possibilitar essa unificação de tais garantias.

Com isso, ainda nas lições de Dallari:

(...) Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. (p. 112).

Portanto, o desenvolvimento total das garantias fundamentais básicas, atendendo os mínimos existenciais dos povos, é o seu objetivo que deve ser alcançado, o que instaura uma conceituação específica bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo.

Todavia, o INSS deve obediência ao comando normativo, sendo que terá que obedecer estritamente ao princípio da legalidade, para que assim, seja atendido a finalidade do que a própria lei prevê. Diante disso, a forma mais viável e que não viole o princípio da dignidade humana no que tange a majoração nas aposentadorias, é a modificação na legislação, inserindo meios que assegurem a igualdades entre os povos, garantindo condições dignas de vida, ou ainda, buscar a proteção judicial de direitos coletivos para a efetivação da norma a todos aqueles que se enquadrarem nos requisitos previstos na lei.

A tutela judicial é o que abordaremos a seguir.

5 | O JUDICIÁRIO COMO PODER E A DECISÃO DO STJ NA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA NORMA

A CF/88 define que todos são iguais em direitos e deveres, e, nesta linha de estudo,

ampara-se o conceito de que toda e qualquer desigualdade pode ser interpretada como fruto da inércia ou ineficácia do Estado, podendo o cidadão contestar a falta de concreção dos direitos sociais inerentes ao ser humano.

De acordo com Sadek in Grinover e Watanabe (2011), o entendimento de que o indivíduo é sujeito de direitos, e estes antecedem o Estado e a sociedade, é essencial para a ruptura da desigualdade produzindo consequências na prática. Uma delas, seria a busca pelo reconhecimento e efetivação dos direitos sociais através da provocação do sistema judiciário, devendo este agir no controle das desigualdades, determinando ser insustentáveis qualquer discriminação entre as pessoas, sendo os direitos fundamentais entendidos de forma coletiva.

Nesta linha também se apresenta a defesa de Silva (2006), explicando que os indivíduos efetivam sua cidadania na medida em que tomam parte nas decisões políticas da sociedade e, que só é cidadão, aquele que efetivamente tem garantidos os direitos civis, políticos e sociais.

Dentro desta premissa Sadek in Grinover e Watanabe conceitua:

Os direitos civis e políticos tem por base o indivíduo, exigindo para a sua efetivação a limitação do poder público, um Estado mínimo. Já os direitos sociais, também denominados direitos de segunda geração, requerem políticas públicas que, ao reconhecerem a exclusão, objetivem uma justiça retributiva. Ou seja, é necessário um Estado atuante, no sentido de providenciar a concretização dos direitos à saúde, ao trabalho, à educação, a moradia, à aposentadoria, etc. (2011, p.9).

Ainda de acordo com Sadek in Grinover e Watanabe, a CF/88 conferiu ao Judiciário status de poder, passando de aplicador das leis e dos códigos a agente político, cabendo-lhe “controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre os poderes Executivo e Legislativo” (2011, p.15).

A tese acima defendida, legitima-se a atuação da justiça em favor dos aposentados, que se tornam incapazes e, que não tenham atendido, o pedido de majoração de seu benefício em 25% através da solicitação administrativa ao INSS, pois é dever do Estado intervir ativamente sempre que um direito fundamental, aqui abarcado o direito à previdência social como fonte de efetivação da dignidade e igualdade, sempre que houver afronta a estes princípios, em consonância com o preâmbulo constitucional que apregoa:

“...instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (CF/1988).

Corroborando o preceito constitucional é a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que em julgamento de recurso repetitivo na data de 22 de agosto de 2018, referente aos processos: REsp 1720805 e REsp 1648305, tema 982, fixou a tese que, se comprovada a necessidade de auxílio permanente de terceira pessoa, é devido o acréscimo de 25% em todas as modalidades de aposentadoria pagas pelo Instituto Nacional do Seguro

Social (INSS).

De acordo com divulgação do site do próprio STJ, a decisão foi tomada pela maioria dos votos dos ministros, na Primeira Seção do Tribunal e, seguindo o voto-vista da ministra Regina Helena Costa, que destacou que a situação de vulnerabilidade e necessidade de auxílio permanente pode acontecer com qualquer segurado do INSS, não podendo as pessoas ficarem sem amparo.

A Ministra também declarou que a fixação do entendimento pelo STJ atende a um pedido da segunda instância, para uniformização da interpretação da lei federal e a tese fixada em recurso repetitivo terá aplicação em todas as instâncias da Justiça. Em todo o Brasil, 769 processos estavam suspensos aguardando a decisão do STJ.

6 | CONCLUSÃO

Diante do estudo em epígrafe podemos dizer que se trata de um equívoco do legislador delimitar a majoração somente a uma determinada espécie de aposentadoria, atendendo apenas os aposentados por invalidez para o recebimento da majoração de 25%.

O legislador não considerou que qualquer outro cidadão que já está aposentado, e que não seja pela espécie da invalidez, possa sofrer algum evento que o torne incapaz, passando a necessitar do auxílio de terceiros para os atos da vida diária.

Frente aos critérios vigentes entendemos que há uma afronta ao Princípio da Dignidade da pessoa humana e da Isonomia, posto que se tratam de garantias constitucionais impostas pelo Estado, para atender os mínimos sociais.

Assim, como a previdência social existe para cobrir riscos sociais, há que se atender a pessoa aposentada por qualquer espécie, que lhe recaia alguma patologia tornando-a dependente de terceiros, possa fazer jus ao complemento no valor de sua aposentadoria como legítimo direito, considerando o dever do Estado de garantidor da efetivação e consolidação dos direitos sociais.

Para que o Estado regularize esta situação garantindo aos cidadãos o mínimo existencial, faz-se necessária alteração no artigo 45, da Lei nº 8.213/91, de modo que abranja todas as espécies de aposentadoria previstas na lei supra para a concessão da majoração no valor da aposentadoria, quando sobrevier invalidez e incapacidade total para a subsistência digna e segura.

Enquanto não se dá a reparação da discriminação através de lei, a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que julgou o recurso repetitivo procedente para o pagamento do adicional de 25% em todas as modalidades de aposentadoria pagas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, uniformizando uma tese que deve ser aplicada pelas demais instâncias do poder judiciário, me parece vir para proteger e tutelar o direito do segurado como cidadão.

Ademais, é necessário destacar que a dignidade e a igualdade são princípios fundamentais indissociáveis da condição humana, não podendo de forma alguma sofrer interferências e, devendo estes, serem tutelados pelo Estado e Poder Judiciário sem distinção e com o único propósito de efetivar direitos sociais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 agosto 2018.

_____. Turma Nacional de Uniformização TNU - **Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal**. Disponível em: <<https://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340438018/pedido-de-uniformizacao-de-interpretacao-de-lei-federal-pedilef-50008904920144047133>>. Acesso em 13 de setembro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Adicional de 25% deve ser pago a todo aposentado que precise da ajuda permanente de terceiros**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Adicional-de-25%25-deve-ser-pago-a-todo-aposentado-que-precise-da-ajuda-permanente-de-terceiros>. Acesso em: 13 setembro de 2018.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Poder Executivo. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 17 agosto de 2018.

DALLARI, D. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31ª edição, Editora Saraiva. 2012.

FERNANDES, B. **Curso de Direito Constitucional**, 3ª edição. Editora Lumen Juris. 2011.

GROPPALI, A, **Doutrina do Estado**. Editora Saraiva, São Paulo, 1962.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20ª edição. Editora Impetus, 2015.

KERTZMAN, I. **Curso Prático de Direito Previdenciário**, 12ª edição. Editora JusPodivm. 2015

PIOSEVAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18ª edição, revista e atualizada. Editora Saraiva. 2018.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a Partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (coord.) **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

SARLET, I. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª edição. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

A EVOLUÇÃO DO ROL DOS INCAPAZES: BREVES NOÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A TEORIA DAS INCAPACIDADES

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 22/04/2020

Fabrizio Manoel Oliveira

Faculdade de Direito Milton Campos

Belo Horizonte – Minas Gerais

<http://lattes.cnpq.br/4950472427486097>

Luana Ribeiro Oliveira

Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu

Manhuaçu – Minas Gerais

<http://lattes.cnpq.br/6419310816340150>

Trabalho originalmente publicado no livro *Primeiras Linhas de Estudos Jurídicos*, da OAB-E.

RESUMO: A teoria das incapacidades está presente no Direito brasileiro desde a segunda metade do século XIX e dá sustentáculo para arranjos que envolvem deveres, direitos e *modus* de atuação civil variados. Nesse ponto, o presente trabalho tem como escopo compreender a evolução histórica do rol dos incapazes, bem como averiguar em todas elas o critério distintivo que permite a diferenciação entre a incapacidade de fato absoluta e incapacidade de fato relativa, perpassando brevemente, para tanto, pelo Direito pré-

codificado, mormente pelo *Esboço*, de Teixeira de Freitas, pelo Código Civil de 1916, pelo Código Civil de 2002, até finalmente chegar ao Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), última alteração legislativa sobre a temática.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Privado, Teoria das Incapacidades, Incapacidade de Fato Absoluta, Incapacidade de Fato Relativa.

THE EVOLUTION OF DISABLED ROL: BRIEF HISTORICAL NOTIONS ON THE THEORY OF DISABILITIES

ABSTRACT: The theory of disabilities has been present in Brazilian law since the second half of the nineteenth century and provides support for arrangements involving various duties, rights and *modus* of civil action. At this point, the present work aims to understand the historical evolution of the list of incapable people, as well as to investigate in all of them the distinctive criterion that allows the differentiation between absolute and relative relative incapacity, briefly passing through the Pre-codified law, mainly by the *Esboço* by Teixeira de Freitas, the Civil Code of 1916, the Civil Code of 2002, until finally reaching the Statute of Persons with Disabilities (EPD), last legislative amendment on the subject.

KEYWORDS: Private Law, Theory of Disabilities, Absolute Disabilitie, Inability Relative.

1 | INTRODUÇÃO

A atividade exploratória histórica é deveras relevante não apenas para se interpretar fatos e acontecimentos do passado, mas também para proporcionar uma reflexão mais ampla a respeito dos diversos saberes científicos e sobre como se deu sua evolução ao longo dos anos.

No Direito Privado, o papel não poderia ser outro, na medida em que grande parte dos institutos e teorias carrega forte carga evolutiva, de acordo com as particularidades de cada período histórico.

Tendo isso em vista, a presente pesquisa busca ser uma pequena contribuição no fito de se (tentar) compreender a evolução histórica do rol dos incapazes no Direito Civil brasileiro. Para tanto, vale-se de uma metodologia jurídico-histórica descritiva, o raciocínio dedutivo e o método teórico, de modo que o estudo em quatro partes. Na primeira delas, tratar-se-á da teoria das incapacidades no período pré-codificação (notadamente a partir do *Esboço*, de Teixeira de Freitas); na segunda, no Código Civil de 1916; na terceira, no Código Civil de 2002; e, na última, no Estatuto da Pessoa com Deficiência, que entrou em vigor em janeiro de 2016 e promoveu uma série de alterações no ordenamento nacional.

2 | O DIREITO PRÉ-CODIFICAÇÃO E A TEORIA DAS INCAPACIDADES

Anteriormente ao Código Civil de 1916, as normas da sociedade civil eram organizadas com base nas ordenações do Reino de Portugal e em legislações esparsas, que regulavam a vida no Brasil Colônia e no Império¹, que apesar de não trabalharem qualquer ideia ligada à teoria das incapacidades, apresentavam contornos primitivos envolvendo a questão de tutoria e curadoria, os quais foram se desenvolvendo ao longo dos anos.

Segundo Iara Antunes de Souza, por exemplo, nas Ordenações Afonsinas (1146 – 1521) era possível a nomeação de tutores para os menores de 25 anos, já que a maioridade civil se dava com essa idade, bem como a nomeação de curadores aos maiores considerados “desassisados” ou “pródigos”².

Na mesma linha se davam as Ordenações Manuelinas (1521 – 1569) e as Ordenações Filipinas (1603 – 1830), que dispunham sobre uma espécie de representação processual dos menores e até mesmo órfãos (via de regra, mantida a idade de 25 anos anteriormente

¹ Em que pese a independência ter ocorrido no ano de 1822, bem como a Constituição de 1824, através de seu artigo 179, XVIII, ter determinado a elaboração de um Código Civil puramente nacional, isso não ocorreu imediatamente, muito pelo contrário. Até 1916 vigoraram no país as Ordenações Filipinas do Reino de Portugal e, em certos casos, as fontes subsidiárias.

² SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da Pessoa com Deficiência: Curatela e Saúde Mental**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 182.

delineada), com exceção dos maiores considerados “pródigos” ou “mentecaptos”, que também poderiam ser representados por um curador³.

Contudo, foi somente na segunda metade do século XIX que, de fato, a teoria das incapacidades eclodiu no Brasil. Segundo Felipe Quintella, um dos maiores estudiosos do país sobre a temática, a teoria das incapacidades surge nas obras do Jurisconsulto do Império, Teixeira de Freitas⁴.

Foi com a publicação da *Consolidação das Leis Civis*, em 1857, que Freitas começou a criar um esboço primitivo acerca da ideia de capacidade. No entanto, pode-se dizer que o grande marco do surgimento da teoria das incapacidades se deu com a publicação, em 1860, da obra *Esboço de Código Civil*, que apresentou, de fato, a primeira sistematização sobre o assunto. Na obra estavam presentes as noções de “personalidade jurídica, capacidade jurídica, capacidade civil, capacidade de direito, capacidade de fato, incapacidade de direito, incapacidade de fato absoluta e incapacidade de fato relativa”⁵, as quais serviram de inspiração para diversas gerações de juristas.

Teixeira de Freitas, em realidade, buscou construir uma teoria hermeneuticamente completa e autossuficiente⁶. Para tanto, foi necessário eleger balizas que funcionassem como seu sustentáculo e aporte, o que deu origem a um substrato teórico que até hoje é estudado pela doutrina especializada, em que pese a não manutenção do rol enumerativo, consoante se verá.

Primeiramente, destacou Freitas que a capacidade de direito seria o grau de aptidão da pessoa para que pudesse adquirir certos direitos ou mesmo exercer (por si ou por outrem) atos que não proibidos. Por outro lado, entendeu que a capacidade de fato seria a aptidão da pessoa (natural) para exercer por si mesma um ato da vida civil⁷.

A partir desses dois conceitos centrais, passou então a desenvolver contra-conceitos complementares, isto é, medidas de contraponto e completude, a fim de totalizar a teoria das incapacidades.

Felipe Quintella, de forma incisiva, explica que foi justamente nesse momento que o jurista baiano

(...) explicou a ideia de *incapacidade de direito*, no art. 23: ‘aquelas pessoas, a quem se proibir a aquisição de certos direitos, ou o exercício de certos atos por si ou por outrem

3 Ibidem.

4 Sobre o tema, ver: MACHADO, Felipe Quintella. **Teixeira de Freitas e a História da Teoria das Capacidades no Direito Civil Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013; e MACHADO, Felipe Quintella. *A Teoria das Capacidades no Direito Brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clóvis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (org.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2^a ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018; e MACHADO, Felipe Quintella. *A teoria das capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clóvis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

5 Ibidem.

6 FREITAS, Teixeira de. **Esbôço de Código Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 24-27.

7 Ibidem.

são *incapazes de direito*, isto é, desses direitos, e desses atos proibidos' (1860, p. 27). A ideia de *incapacidade de fato*, por sua vez, apareceu no art. 24: 'aquelas pessoas, que, por impossibilidade física ou moral de obrar [agir], ou por sua dependência de uma representação necessária, não podem exercer os atos da vida civil, são *incapazes de fato*' (1860, p. 27-28)⁸.

A partir disso, destrinchou a incapacidade de fato em um binômio fundamental: A incapacidade de fato absoluta e a incapacidade de fato relativa. Aquela, em suma, obstava a prática de qualquer ato da vida civil, ao passo que essa apenas vetava a prática de certos atos, ou mesmo de determinados atos de certo modo⁹.

No rol dos absolutamente incapazes do *Esboço*, pois, constavam:

Art. 41. A incapacidade é absoluta, ou relativa. São absolutamente incapazes:

1º As pessoas por nascer.

2º Os menores impúberes.

3º Os alienados declarados por tais em juízo.

4º Os surdos-mudos que não sabem dar-se a entender por escrito.

5º Os ausentes declarados por tais em juízo¹⁰.

Por outro lado, o rol dos relativamente incapazes assim dispunha:

Art. 42. São também incapazes, mas só em relação aos atos que forem declarados, ou ao modo de os exercer:

1º Os menores adultos.

2º As mulheres casadas.

3º Os comerciantes falidos declarados por tais em juízo.

4º Os religiosos professos¹¹.

Diante dos mencionados róis (dos absoluta e dos relativamente incapazes), é possível asseverar que o critério-base utilizado para distingui-los foi o da *abrangência* da norma, ou seja, os absolutamente incapazes eram aqueles que estavam impedidos de praticar qualquer ato e os relativamente incapazes apenas não podiam praticar determinados atos ou determinados atos de certo modo¹².

Contudo, após quatro projetos de codificação civil sem sucesso/conclusão, incluindo aquele produzido pelo próprio Freitas, Clóvis Bevilacqua, então professor de legislação comparada na Faculdade de Direito de Recife, foi contatado para a feitura de uma nova

8 MACHADO, Felipe Quintella. op. cit., p. 18.

9 Ibidem.

10 FREITAS, Teixeira de. Op. Cit., p. 49-51.

11 Ibidem.

12 MACHADO, Felipe Quintella. op. cit., p. 18.

legislação civil, que entrou em vigência em 1916, após longos anos de dormência no Congresso.

3 | A TEORIA DAS INCAPACIDADES NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 “promoveu uma alteração substancial no sistema: alterou a distinção que FREITAS havia pensado entre a incapacidade de fato absoluta e a incapacidade de fato relativa, a qual se referia à *abrangência*, e estabeleceu-a sobre a *intensidade*”¹³.

Em outras palavras, se para Teixeira de Freitas os absolutamente incapazes não podiam praticar atos da vida civil, ao passo que os relativamente incapazes só não podiam praticar alguns atos civis (ou só podiam praticar pessoalmente atos de certo modo), para Clóvis Bevilacqua os absolutamente incapazes eram aqueles que não possuíam *discernimento* para praticar os atos civis, sendo os relativamente incapazes aqueles que tinham o *discernimento* de algum modo prejudicado. Como consequência, deveriam os absolutamente incapazes ser representados na vida civil¹⁴, ao passo que os relativamente incapazes seriam apenas assistidos, isto é, auxiliados¹⁵.

Houve, de certa forma, uma transmutação do critério. Em resumo, a forma distintiva da incapacidade de fato absoluta da relativa deixou de ser a mera *abrangência* legal, para se firmar no *grau de discernimento* da pessoa, em que se analisava se este era ou não o bastante para deliberar sobre os meios e realizar os atos que lhe incumbiam¹⁶.

Os absolutamente incapazes eram, pelo Código:

Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I. Os menores de dezesseis anos.
- II. Os loucos de todo o gênero.
- III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.
- IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz¹⁷.

Passando-se à análise individualizada de cada uma das hipóteses legais, temos que a incapacidade dos menores de 16 anos, segundo Clóvis Bevilacqua, estava consagrada

¹³ Ibidem.

¹⁴ O representante deveria praticar o ato com base no interesse dos incapazes, isto é, “manifestaria sua vontade em nome e no interesse deles”. MACHADO, Felipe Quintella. op. cit., p. 27. E é esse interesse o caminho norteador e o ponto a ser buscado na condução realizada, em todos os seus matizes, consoante ensinam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona. GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 148-149.

¹⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 192-193.

¹⁶ MACHADO, Felipe Quintella. op. cit., p. 27.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 28.02.2019.

no “desenvolvimento mental, ao poder de adaptação às condições da vida social”¹⁸. O Código considerava que o ser humano, antes dessa idade, não possuía as faculdades mentais necessárias para o exercício da vida civil, tampouco para a realização de negócios jurídicos.

Noutra esfera, os loucos de todo gênero - expressão que sempre fora criticada pela doutrina, consoante assinala Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros¹⁹ - seriam aqueles que “por organização cerebral incompleta, por moléstia localizada no encéfalo, lesão somática ou vício de organização, não gozam de equilíbrio mental e clareza de razão suficientes para se conduzirem socialmente, nas relações da vida”²⁰. Em dizeres outros, poderia ser enquadrado em tal conceito todo aquele cuja enfermidade o impedia de traçar o curso de sua vida, consoante ensina Bevilacqua²¹.

Por outro lado, os surdos-mudos eram considerados absolutamente incapazes porque essa particularidade, segundo se pensava, os aproximava dos “loucos de todo gênero”. Acreditava-se que tal peculiaridade estaria atrelada a lesões nos centros nervosos, o que prejudicava, de certo modo, o discernimento²².

Em relação aos ausentes, de outra banda, Washington de Barros Monteiro explicita que:

(...) o Código de 1916 considerava ainda absolutamente incapazes os ausentes, declarados tais por ato do juiz. Ausente é aquele que se afasta de seu domicílio sem dar notícia do destino tomado. É o que se retira para lugar ignorado, não deixando quem o represente.²³

Contudo, em relação aos relativamente incapazes, eram assim definidos pelo Código:

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

- I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).
- II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
- III. Os pródigos.
- IV. Os silvícolas²⁴.

Assevera Caio Mário que a incapacidade relativa no Código Civil de 1916 “provinha de causas diversas (...)”²⁵, de hipóteses das mais distintas, baseadas em opções legislativas

18 BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. v. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927, p. 175-176.

19 MONTEIRO, Washington de Barros; BARROS, Ana Cristina de. **Curso de Direito Civil**. V. 1. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71.

20 BEVILAQUA, Clóvis, op. cit., p. 176.

21 Ibidem.

22 MONTEIRO, Washington de Barros; BARROS, Ana Cristina de. op. cit., p. 73.

23 Idem.

24 BRASIL, op. cit.

25 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 236.

variáveis, após intensa discussão no Congresso. Quanto à designação dos silvícolas como relativamente incapazes, Carlos Roberto Gonçalves pondera que:

O Código Civil de 1916 referia-se aos índios utilizando o vocábulo 'silvícolas', com significado de habitantes das selvas, não integrados à civilização. Considerava-os relativamente incapazes, sujeitando-os, para protegê-los, ao regime tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessaria à medida que se fossem adaptando à civilização do País (art. 6º)²⁶.

Noutro giro, considera-se como pródigo toda aquela pessoa inclinada a dilapidar seu patrimônio, geralmente com gastos desnecessários e dispensáveis, algo fora da normalidade e da aceitabilidade para o homem médio.

Para Roberto Lisboa Senise, a prodigalidade deveria ser vislumbrada a partir de três (possíveis) perturbações/alterações das regulares faculdades mentais: a onimania, a cibomania e imoralidade. A primeira é aquela que levava a pessoa a comprar compulsoriamente, tendo gastos desnecessários e agindo de forma descontrolada, financeiramente falando; a segunda é aquela que levava a pessoa a apostar seu patrimônio em jogos de azar; e, por fim, a terceira é aquela que leva a pessoa a gastar em função de vício em relações sexuais²⁷. Em que pese tal previsão não constar do projeto primitivo enviado ao Congresso, ela fora inserida em Comissão na Câmara²⁸⁻²⁹.

Em relação à incapacidade relativa da mulher casada, tal previsão, de natureza conservadora, é advinha de uma visão marital, paternalista e provedora, que infelizmente perpetuou-se na legislação nacional por muitos anos. No período, os direitos da mulher casada, como aponta o autor do projeto de codificação, infelizmente estavam circundados apenas às relações domésticas, tais como a fiscalização da atuação do marido, que possuía a representação legal de sua família e administrava os bens conjugais e da própria mulher, também tendo o poder de autorizar ou não a profissão desta última³⁰.

Por fim, e não menos importante, eram relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos, que eram aqueles os quais o Código considerava já terem adquirido certas noções de direito e prática de atos ínsitos à vida civil, porém ainda não podiam praticá-los de forma ampla, isto é, sem o auxílio de alguém – seus pais ou mesmo tutores, pessoas aptas a lhes auxiliarem no trato da vida civil³¹.

Pelo exposto, depreende-se a importância do critério do *discernimento* para a diferenciação do rol dos absolutamente dos relativamente incapazes, lógica que, apesar da revogação do Código Civil de 1916, de certa maneira ainda se manteve na nova codificação, conforme se verá adiante.

26 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 127.

27 SENISE, Roberto Lisboa. **Manual de Direito Civil**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 218.

28 BEVILAQUA, Clóvis. op. cit., p. 186.

29 É útil pontuar, por fim, que eventual gasto excessivo não tinha o escopo de denotar prodigalidade, isto é, o gasto não poderia ser perfunctório. Despesa casual excessiva, em que se tinha expectativa de obtenção futura de grandes lucros, por exemplo, não se enquadrava como tal. SENISE, Roberto Lisboa. **Manual de Direito Civil**. op. cit., p. 218.

30 BEVILAQUA, Clóvis. op. cit., p. 182.

31 *Ibidem*, p. 181.

4 | A TEORIA DAS INCAPACIDADES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002, o qual teve seu projeto encabeçado por Miguel Reale no final década de 1960³², manteve a sistemática acerca das capacidades e incapacidades delineada por Bevilacqua. Com efeito, a clássica dicotomia classificatória entre os absoluta e relativamente incapazes não se alterou,

Considerando de um lado, aqueles que se mostram inaptos para o exercício dos direitos, seja em consequência de um distúrbio da mente, seja em razão da total inexperiência, seja em função da impossibilidade material de participação no comércio civil; de outro lado, os que são mais adequados à vida civil, portadores de um déficit psíquico menos pronunciado, ou já mais esclarecidos por uma experiência relativamente ponderável³³.

Ou seja, manteve como fundamento de distinção entre ambos grupos dogmáticos também o *discernimento*: “se a pessoa não possuísse discernimento, não tivesse nenhuma compreensão da realidade, tratar-se-ia de incapacidade absoluta³⁴. Mas, se houvesse apenas redução do discernimento, seria caso de incapacidade relativa”³⁵. Entretanto, houve modificação das hipóteses de incapacidade absoluta e relativa. O rol dos absolutamente incapazes, previsto no artigo 3º, passou a ter a seguinte redação:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I. Os menores de dezesseis anos.

II. Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos.

III. Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade³⁶.

Passando-se à análise minuciosa de cada uma das figuras enumeradas, a incapacidade absoluta dos menores de dezesseis anos, de qualquer sexo, foi mantida, pois, pelo mesmo fundamento da codificação anterior, o qual já se mencionou³⁷.

Por outro lado, em relação aos que tinham alguma enfermidade ou deficiência mental e não conseguiam ter o discernimento exigido para a prática dos atos da vida cotidiana, a doutrina entendia que: todas as vezes em que presente algum tipo de perturbação psíquica, com o conseqüente impedimento de manifestação regular da vontade, a pessoa

32 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação**: Uma Análise do Novo Código Civil. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 66-71.

33 PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 228-229.

34 Não importava, se se tratava de causa transitória ou não. O núcleo para a verificação da incapacidade absoluta calcava-se na possibilidade ou não de manifestação da vontade, de sorte que ‘quem não pode manifestar sua vontade não pode praticar pessoalmente os atos da vida civil’. DONIZETTI, Elpidio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 49.

35 STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fábio Queiroz. Princípios que regem as incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 103.

36 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01.03.2019.

37 MONTEIRO, Washington de Barros; BARROS, Ana Cristina de. op. cit., p. 70-71.

seria absolutamente incapaz, afinal, ausente o *discernimento*. Em que pese, num primeiro momento, parecer existir correspondência com a expressão “loucos de todo gênero” prevista no Código Civil de 1916, nota-se que o termo escolhido pelo Código Civil de 2002 foi, de certa forma, mais adequado com as diretrizes constitucionais e humanitárias, fugindo-se de qualquer viés que perpetue ou instigue preconceitos.

Dando seguimento, em relação à impossibilidade emissão da vontade, ainda que transitória, pode-se ponderar que:

A expressão, também genérica, não abrange as pessoas portadoras de doença ou deficiência mental permanentes, referidas no inciso II do art. 3º do Código Civil, comentado no número anterior, mas as que não puderem exprimir totalmente sua vontade por causa transitória, ou em virtude de alguma patologia (p. ex., arteriosclerose, excessiva pressão arterial, paralisia, embriaguez não habitual, uso eventual e excessivo de entorpecentes ou substâncias alucinógena, hipnose ou outras causas semelhantes, mesmo não permanentes)³⁸.

Por outro lado, o artigo 4º explicitava o rol dos relativamente incapazes, *in verbis*:

Art. 4º São absolutamente incapazes, relativamente a certos atos, ou á maneira de os exercer:

I. Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

II. Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido.

III. Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

IV. Os pródigos³⁹.

Quanto à primeira categoria de incapacidade relativa, sinteticamente, o novo Código reduziu a maioria da legislação de 1916. Passou a entender, por diversos fatores, que a partir dos 16 anos a pessoa possui discernimento para expressar sua vontade, mas deve ser supervisionada, por segurança.

Em outro âmbito, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, conforme ensina José Jairo Gomes, só poderiam ser considerados como relativamente incapazes quando de fato houvesse o vício, de modo que a embriaguez ou uso eventual de drogas, assim como no caso da prodigalidade, não poderiam ser considerados como fatores incapacitantes a ensejarem uma interdição⁴⁰. Venosa pondera que na hipótese de embriaguez habitual e vício em tóxicos “cabera ao juiz avaliar o caso concreto e com auxílio da perícia médica definir o grau de limitação mental que autorize a definir a incapacidade relativa”⁴¹. Tratava-se, de fato, de norma aberta, que comportava a análise casual, conforme as particularidades de cada caso concreto.

Referindo-se agora ao portador de deficiência mental com discernimento reduzido,

38 GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit., p. 119.

39 BRASIL, op. cit.

40 GOMES, José Jairo. **Direito Civil**: Introdução e parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 160.

41 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 152.

temos que este deve apresentar:

Alguma compreensão da realidade, não estando totalmente privado de suas aptidões psíquicas. Situa-se em um termo médio, entre a normalidade e a completa incapacidade. Assim, são incapazes apenas relativamente à prática de certos atos, podendo praticar outros sem necessidade de assistência⁴².

Os deficientes mentais com discernimento reduzido são, portanto, aqueles que detêm limitação cognitiva, mas não privação total do discernimento.

Por excepcionais, noutra tangente, entende-se que são aqueles indivíduos que possuem algum tipo de deficiência mental, e que não conseguem participar normalmente do exercício das atividades rotineiras, possuem algum tipo de déficit incapacitante⁴³.

No que cinge ao pródigo, este já constava do antigo código, como mencionado, não merecendo maiores considerações.

Essa articulação doutrinária, a qual perpassou por duas codificações civis, sofreu fortíssimas ingerências a partir da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência. O critério distintivo baseado no *discernimento*, até então prevalente, foi em muito desmantelado, consoante se verá a seguir.

5 | A TEORIA DAS INCAPACIDADES E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (EPD)

Primeiramente, antes de adentrarmos especificamente ao tema, devemos ter em mente que a finalidade maior da teoria das incapacidades sempre foi a de proteção dos incapazes (tanto dos absoluta quanto dos relativamente) em sua atuação na vida civil. Por isso mesmo Caio Mário aponta que o regime das incapacidades foi

(..) imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. Esta é a ideia fundamental que o inspira, e acentuá-lo é de suma importância para a sua projeção na vida civil, seja no tocante à aplicação dos princípios legais definidores, seja na apreciação dos efeitos respectivos ou no aproveitamento e na ineficácia dos atos jurídicos praticados pelos incapazes⁴⁴.

Contudo, em que pese as louváveis intenções apresentadas quando da elaboração e aprovação do EPD, alguns pequenos lapsos técnicos acabaram por ocasionar certos problemas dogmáticos e, inclusive, hermenêuticos. De acordo com a novel legislação, os absolutamente incapazes passaram a ser tão somente os menores de 16 anos, ou seja, todas as outras hipóteses de incapacidade absoluta até então previstas foram revogadas⁴⁵. Por outro lado, os relativamente incapazes para os atos da vida civil passam a ser os maiores de 16 e menores de 18 anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, aqueles que, por causa permanente ou transitória, não puderem exprimir sua

42 GOMES, José Jairo, op. cit., p. 160-161.

43 Ibidem, p. 125.

44 PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 228.

45 FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 84.

vontade e, por fim, os pródigos. Essa passou a ser a nova redação do artigo 3º e 4º do Código Civil de 2002, respectivamente. Com as mudanças no rol, contudo, pode-se dizer que houve uma

(...) ruptura no regime das incapacidades estabelecido nos artigos 3º e 4º do Código Civil. A pessoa com deficiência psíquica ou intelectual conquistou capacidade plena para prática dos atos da vida civil, desfazendo-se a separação entre titularidade e capacidade. Em razão deste fato, o advento da lei nº. 13.146/2015 no cenário jurídico nacional tem sido objeto de aplausos e críticas pela doutrina mais recente do Direito Civil. Eis que ela aponta para o paradoxo causado pela eliminação do regime de representação para as pessoas com deficiência completamente ausentes de discernimento, de tal modo a se cogitar 'a destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes'⁴⁶.

Com efeito, o critério lastreado no (grau de) *discernimento* foi, pois, excluído, não existindo agora qualquer elemento que permita a diferenciação entre os absoluta e os relativamente incapazes. Se anteriormente aquele que não tinha nenhum discernimento era considerado absolutamente incapaz e aquele que possuía discernimento reduzido era considerado relativamente incapaz, atualmente a pessoa que possui algum tipo de deficiência, mesmo que ela afete sua cognição e a impossibilite de ter um discernimento qualificado, caso consiga exprimir algum tipo de vontade, será considerada plenamente capaz, e, por outro lado (e paradoxalmente), caso a pessoa com deficiência não consiga exprimir nenhum tipo de vontade, será considerada relativamente incapaz.

Desconsiderou-se o aspecto de que, com a presença de uma incapacidade natural que reduza o discernimento, a pessoa alcançada por esta incapacidade se mostra diminuída faticamente no exercício da vida social, de suas deliberações plenas, ou mesmo até impossibilitada de qualquer atuação na sociedade, tudo isso a depender do nível cognitivo afetado⁴⁷.

As modificações, ao que parecem, perceberam de modo incorreto a teoria das incapacidades. O importante para a diferenciação entre os absoluta e os relativamente incapazes era a presença (ou não) de *discernimento*, como explicado *ad nauseam*. O Estatuto, no entanto, erroneamente considerou que todas as pessoas com deficiência eram incapazes e, a partir disso, retirou do Código qualquer menção expressa à *deficiência*, como explicam Fábio Queiroz Pereira e Mariana Alves Lara⁴⁸, na tentativa de (supostamente) tentar apagar um rótulo atribuído a esta parcela populacional⁴⁹. Segundo

46 BRAZZALE, Flávia Balduino; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O Direito à Diferença e à Pessoa com Deficiência**: Uma Ruptura no Regime das Incapacidades. Revista Jurídica Cesumar (Mestrado), v. 17, n. 2. Maringá, 2017, p. 324-325.

47 ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral**. v. 1: 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 140.

48 PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves. Estatuto da pessoa com deficiência: proteção ou desproteção? In: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 115-152.

49 Vale comentar ainda que tanto no caso de incapacidade absoluta quanto no caso de incapacidade relativa se fazia necessária a declaração de incapacidade por meio de uma decisão judicial, ou seja, a promoção da interdição, que "[...] nada mais é que o procedimento judicial que reconhece, após instrução probatória (análise técnica e científica da incapacidade e seu respectivo grau), o nível de incapacidade do indivíduo e a declara por sentença (art. 1.184, CPC), após o que deve ser registrada no cartório de registro de pessoas naturais para ciência pública dessa condição (arts. 9.º, III, CC e 92 da Lei 6.015/1973)". SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida; CASCALDI, Luís de Carvalho. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014, p. 97.

Não se pode, contudo, estabelecer uma correlação implicacional entre incapacidade jurídica e deficiência (física ou psíquica) [...]. Efetivamente, uma pessoa com deficiência não é, por esse simples fato, incapaz juridicamente de manifestar suas vontades. E, na mesma ordem de idéias, nem todo incapaz é uma pessoa com deficiência, podendo a sua limitação decorrer de outro motivo⁵⁰.

O imbróglio foi muito bem explicado por Fábio Queiroz Pereira e Mariana Alves Lara, que salientam que a mera constatação da existência de uma deficiência nunca foi o bastante para que a pessoa tivesse sua capacidade restringida, ou seja, a deficiência, por si só, não era e nunca foi causa de incapacidade⁵¹. Corroborando tal ideia e demonstrando que o cerne da questão se pautava na análise do discernimento, Gustavo Pereira Leite Ribeiro apregoa que:

Por mais louvável que se apresente a iniciativa de promover a inclusão e a participação das pessoas com deficiências nas diversas interações jurídicas do dia-a-dia, não se pode desconsiderar a realidade biológica imposta por algumas situações e enfermidades. Pense-se, por exemplo, na pessoa em estado comatoso, na pessoa em estágio avançado de demência ou na pessoa acometida por esquizofrenia severa. Como considerá-las juridicamente capazes de agir? As alterações projetadas, especialmente, nos artigos 3º e 4º do Código Civil, poderiam, na verdade, ocasionar o desamparo de pessoas vulneráveis⁵².

Destarte, parece não restar dúvidas de que com as novas modificações o rol e a secular teoria das incapacidades foram, de certa maneira, desorganizados, de sorte que o critério baseado no *discernimento* foi totalmente extinto. Não há mais, em uma primeira análise, qualquer critério dogmático (hermeticamente fechado) apto a sustentar a diferenciação entre os absoluta e os relativamente incapazes, distinção que hoje em dia se pauta unicamente na própria previsão legal, sem qualquer subsídio teórico que lhe dê suporte, com inúmeras contradições e situações paradoxais. A partir disso, cabe à doutrina civilista explorar possibilidades e potencialidades para tentar dar novos contornos à questão, aspecto que foge ao escopo do presente trabalho.

6 | CONCLUSÃO

Até a primeira metade do século XIX, em que vigoravam no Brasil a todo vapor as Ordenações no Reino de Portugal, bem como determinados provimentos e determinações subsidiárias, inexistia qualquer ideia que representasse ou pudesse de algum modo ser ligada à teoria das incapacidades. Em realidade, tinham-se apenas contornos primitivos envolvendo a questão de tutoria e curadoria.

50 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 323.

51 PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves. op. cit., p. 115-152.

52 RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O itinerário legislativo do Estatuto da pessoa com deficiência. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 78.

Foi com Teixeira de Freitas, mais precisamente a partir do *Esboço*, no entanto, que a teoria das incapacidades surgiu. O autor delineou hermeticamente os conceitos de personalidade jurídica, capacidade jurídica, capacidade civil, capacidade de direito, capacidade de fato, incapacidade de direito, incapacidade de fato absoluta e incapacidade de fato relativa, fixando pela primeira vez róis específicos para cada uma dessas duas últimas categorizações doutrinárias. Para ele, em suma, elas se distinguem a partir do conceito de *abrangência* legal, ou seja, os denominados como absolutamente incapazes estavam impedidos de praticar qualquer ato da vida civil e os relativamente incapazes apenas não podiam praticar determinados atos ou determinados atos de certo modo.

O Código Civil de 1916 também trouxe em seu bojo róis *numerus clausus* acerca dos incapazes, assinalando que os absolutamente incapazes eram aqueles que não possuíam discernimento para praticar os atos civis, ao passo que os relativamente incapazes eram aqueles que tinham o discernimento, de algum modo, prejudicado. O critério distintivo na primeira codificação civil nacional, destarte, calcava-se no *discernimento*, o que também foi mantido no Código Civil de 2002, que apenas alterou algumas hipóteses dos róis dos incapazes, como visto.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por outro lado, (re)organizou completamente a teoria, alterando drasticamente os aludidos róis. Com as modificações impostas, não se faz mais possível depreender qualquer critério distintivo entre os absoluta e os relativamente incapazes, tampouco há qualquer subsídio teórico que escore tal divisão dogmática.

REFERÊNCIAS

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Civil: **Teoria Geral**. v. 1: 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. v. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01.03.2019.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 28.02.2019.

BRAZZALE, Flávia Balduino; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O Direito à Diferença e à Pessoa com Deficiência: Uma Ruptura no Regime das Incapacidades**. Revista Jurídica Cesumar (Mestrado), v. 17, n. 2. Maringá, 2017.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

FREITAS, Teixeira de. **Esbôço de Código Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, José Jairo. **Direito Civil**: Introdução e parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Felipe Quintella. A teoria das capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clóvis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MACHADO, Felipe Quintella. A Teoria das Capacidades no Direito Brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clóvis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (org.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2^a ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

MACHADO, Felipe Quintella. **Teixeira de Freitas e a História da Teoria das Capacidades no Direito Civil Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; BARROS, Ana Cristina de. **Curso de Direito Civil**. V. 1. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves. Estatuto da pessoa com deficiência: proteção ou desproteção? In: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O itinerário legislativo do Estatuto da pessoa com deficiência. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação**: Uma Análise do Novo Código Civil. 2^a Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida; CASCALDI, Luís de Carvalho. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

SENISE, Roberto Lisboa. **Manual de Direito Civil**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**: Curatela e Saúde Mental. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fábio Queiroz. Princípios que regem as incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

NOTAS SOBRE O ILUMINISMO PENAL EM CESARE BECCARIA

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 14/07/2020

Leonardo Marcel de Oliveira

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Belo Horizonte – Minas Gerais
<http://lattes.cnpq.br/3818447487605472>

Roberta Fernandes Santos

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Belo Horizonte – Minas Gerais
<http://lattes.cnpq.br/0416006895036244>

RESUMO: O presente texto tem como objetivo tecer considerações sobre o Iluminismo penal enunciado por Cesare Beccaria com afã de sobrelevar, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, a fundamentação político-filosófica atribuída pelo autor ao princípio da legalidade, que demarca a sua gênese sob aquele prisma.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Legalidade. Direito Penal. Iluminismo penal. Cesare Beccaria.

NOTES ON CESARE BECCARIA'S CRIMINAL LIGHTING

ABSTRACT: The present text aims to make considerations about the penal Enlightenment announced by Cesare Beccaria; emphasizing, in his work *Dos Delitos e das Penas*, a political-philosophical foundation attributed by the author to the principle of legality, which marks his mark under the same prism.

KEYWORDS: Principle of Legality. Criminal Law. Penal Enlightenment. Cesare Beccaria.

1 | INTRODUÇÃO

A história pré-científica do Direito Penal é sublinhada por sua violência desmedida e, por conta disso, conhecida como período do Direito Penal do terror (BRANDÃO, 2002, p. 11). Referindo-se a essa época do Direito repressivo, diz-nos Cesar Roberto Bitencourt (2014) que a doutrina mais aceita lhe reputa, em três fases, a condição de vingança penal¹; donde, em um movimento pendular

1 Com efeito, é de se observar a grande influência do caráter vingativo do Direito Penal em suas diversas fases. Na sociedade primitiva, por exemplo, o Direito Penal funda-se em um paradigma teocrático; donde nele se vislumbra, decerto, um caráter sacerdotal. Como forma de crime, pontifica Cláudio Brandão, tem-se no Direito repressivo primitivo, portanto, a desobediência das normas sagradas, representadas no tabu, “proibições de caráter mágico ou religioso, [que] eram as Leis dos Deuses.” (BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 25). Sobre a sociedade Grega, diz-nos Aníbal Bruno que, precedente à doutrina filosófica capitaneada, preponderantemente, por Aristóteles e Platão, o direito punitivo, do mesmo modo, teve fundamento sacral. Salienta o autor que, neste período, os informes de maior relevância defluem da literatura, isto é, das

e assistemático, elas receberam diferente plasticidade de acordo com os princípios e noções vigentes: por vezes vingança privada, divina ou pública (BITENCOURT, 2014, p. 72).

Como prepondera Fábio Roque Araújo (2015), não existe uma divisão histórica precisa da manifestação das fases vingativas no Direito repressivo, senão quartéis históricos nos quais cada uma delas exerceu, à baliza dos costumes sociais vigentes, maior ou menor influência (ARAÚJO, 2015, p. 3).

Não obstante o retro exposto, de toda sorte, qual seja seu período ou fundamento, é possível antever um denominador comum nesse ciclo da manifestação do poder punitivo que se intitula de Direito Penal do terror e demarca sua fase pré-científica, nomeadamente: a ausência de garantia do ser humano em face da repressão penal do Estado (BRANDÃO, 2010, p. 23).

Nesse sentido, consoante à temática em comento, veja-se a lição de Cláudio Brandão (2010), na qual o autor aduz que:

“o período do terror é aquele onde não existe preocupação com a humanização da repressão penal, há nele o emprego de uma violência desmedida e ilimitada, não se oferecendo nenhuma garantia ao ser humano em face do direito de punir do Estado.” (BRANDÃO, 2010, p. 23).

Do devir das ideias a partir das quais o pensamento jurídico-penal foi construído, o termo da ruptura definitiva com o referido período do terror deita suas raízes no advento do princípio da legalidade, em sua fórmula jurídica, donde torna-se possível ao Direito Penal se revestir de cientificidade. Isso se dá porque foi a partir de dito princípio que dito Direito Penal é capacitado, através de um método, de mecanismos racionais para contenção do poder punitivo²: nasce com a formulação do princípio da legalidade, por efeito, o Direito

obras de poetas, oradores e filósofos; dentre os quais, dos primeiros, a fonte de conhecimento alberga nos poemas homéricos, e na sua obra mais antiga, denominada ÉSQUILO, a pena é uma expiação, com definido caráter sacral. (BRUNO, Aníbal. **Direito Penal - Parte Geral**: introdução, norma penal, fato punível. tomo 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 76-80). Sobre Roma, temos a seguinte lição de César Roberto Bitencourt: “Na Roma Antiga, a pena também manteve seu caráter religioso e foi, igualmente, palco das diversas formas de vingança.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74). Do mesmo modo, ainda sobre o Direito repressivo romano, temos a seguinte lição de Magalhães: “Roma não fugiu às imposições da vingança, através do talião e da composição, adotadas pela Lei das XII Tábuas. Teve também caráter religioso seu Direito Penal, no início, no período da realeza.” (NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. v.1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 30). Consoante à Idade Média, põe-se em relevo a instituição da inquisição, que, segundo Cláudio Brandão, “marcou a repressão penal da idade média. A história registra que a Inquisição se utilizou do Direito Penal para acomodar certas situações desagradáveis à manutenção da ordem pública, vinculando os suplícios e as penas oriundas do poder penal da época ao afastamento de fenômenos naturais, que se apresentavam como produto “da ira de Deus”. (BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 29). É fundamental ressaltar, em que pese a influência das vinganças penais nos referidos períodos históricos, da mesma forma, neles se fizeram, na forma de progressões e regressões, movimentos de humanização do Direito Penal; bem como se consta, como no Direito Romano, grande desenvolvimento de vários institutos jurídico-penais.

2 Nesse sentido, veja-se: “é o princípio da legalidade que torna o Direito Penal suscetível de limitações, representando ele a condição para o desenvolvimento do direito penal científico, isto é, a condição para o desenvolvimento dos elementos que integram a dogmática penal”, tendo em vista que é de se observar “que a teoria da antijuridicidade foi desenvolvida a partir do século XIX, quando Adolf Merkel reuniu elementos para uma teorização geral acerca das causas de justificação, portanto, depois de formulada a concepção jurídica da legalidade esboçada por Anselm von Feuerbach. A culpabilidade, que tem sua nomenclatura afirmada a partir do século XIX, com a tradução da palavra latina imputatio para o alemão Schuld, só no século XX, mais especificamente a partir de 1907, tem seu conceito científico delineado, a partir da obra de Frank. A tipici-

Penal científico, e o início de seu período liberal. (BRANDÃO, 2014, p. 72-73).

Isso posto, pode-se afirmar que o Direito Penal científico é pós-iluminista, tendo em vista que a elaboração jurídica do princípio da legalidade se fez no século XIX, nomeadamente, em 1801, através da obra de Anselm Von Feuerbach,³ que é tido como fundador da moderna ciência do Direito Penal.

Entretanto, no ínterim de construção da fórmula jurídica do princípio da legalidade e o conseqüente nascimento do Direito Penal liberal, se consta um pano de fundo, que é a sua gênese. Dessa conjuntura, é imprescindível ressaltar a importância do Iluminismo para o feito, porquanto o citado Iluminismo foi a corrente de pensamento responsável por postular, de modo precedente, sob prisma da filosofia política, as exigências que, doravante, jungiram-se no princípio através de um sistema aplicável ao âmbito dogmático do Direito Penal. Por conta disso, como prepondera Cláudio Brandão (2014), é lícito afirmar, verdadeiramente, um “papel propulsor do iluminismo penal como fundamentação da elaboração do princípio da legalidade.” (BRANDÃO, 2014, p. 75).

O Iluminismo penal significa a aplicação dos postulados daquele movimento, como conjunto de ideias e valores – por isso, como se anota, uma corrente de pensamento – no ramo do Direito Penal. Pois bem, da análise da literatura jurídico-penal, essa virtude é atribuída ao magistério de Cesare Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, e nisso a doutrina soa uníssona.⁴

Nesse percurso, Beccaria, por intermédio de sua obra, pelejou pela reforma do sistema punitivo vigente, e o fez através das ideias iluministas. Nessa toada, conclamou o autor, em suas lições, garantias de tais envergaduras para legitimar o Direito Penal: clareza e precisão das leis penais; igualdade perante a Lei; proporcionalidade entre os

dade, o último elemento da teoria do crime a ser delimitado, conforme visto, tem sua definição construída a partir de 1906, com a obra de Beling. [...] Os elementos que compõem o conceito tripartido de crime, portanto, somente foram engendrados a partir da elaboração do *Nullum crimen nulla poena sine lege*, que é o princípio fundante da dogmática penal.” (BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade e Interpretação no Direito Penal*. **SEQÜÊNCIA - ESTUDOS JURÍDICOS E POLÍTICOS**. Florianópolis, n. 68, p. 59-89, jun. 2014, p. 72-74).

3 Logo, é de Feuerbach a paternidade da legalidade como um sistema de garantias dogmaticamente aplicável ao Direito Penal, que se expressa por meio do aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*. Veja-se, nesse sentido: “a sistematização dogmática do princípio da legalidade[...] somente se fez em 1801, através da obra de Anselm Von Feuerbach.” (BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 36). Da mesma conclusão, César Roberto Bitencourt, assim assinala: “Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da legalidade através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 50). Consoante a temática, diz-nos Aníbal Bruno, in verbis: “O fundador da moderna ciência do Direito penal na Alemanha foi Feuerbach[...]” (BRUNO, Aníbal. **Direito Penal - Parte Geral: introdução, norma penal, fato punível**. tomo 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 106). Do mesmo modo, Paulo José da Costa Júnior: “No classicismo alemão, Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833) pode ser considerado o fundador da ciência moderna do direito penal na Alemanha. (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: DPJ editora, 2005, p.17). Bem como Heleno Fragoso: “com Feuerbach muitos afirmam que se inicia a ciência do direito penal na Alemanha. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 45).

4 Cf. (NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. v.1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 34); (MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1989, p. 40-41); (SANTIAGO, Mir Puig. **INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL**, concepto y método. 2.ed. Buenos Aires: Editorial B de L, 2003, p. 141); (BRUNO, Aníbal. **Direito Penal - Parte Geral: introdução, norma penal, fato punível**. tomo 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 95); (BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade e Interpretação no Direito Penal*. **SEQÜÊNCIA - ESTUDOS JURÍDICOS E POLÍTICOS**. Florianópolis, n. 68, p. 59-89, jun. 2014, p. 75).

crimes e as penas; utilidade das penas e a estrita legalidade no exercício da magistratura (BRUNO, 1978, p. 95). Nesse sentido, parafraseando Magalhães Noronha (1982), “Com Beccaria raiava a aurora do Direito Penal Liberal”. (NORONHA, 1982, p. 34).

Isso posto, tem-se, a partir das subjacências do iluminismo penal de Cesare Beccaria – conquanto não seja possível atribuir a sua obra um caráter dogmático – uma fundamental importância para o deslinde do processo que reveste o Direito Penal de cientificidade. Onde, como corolário lógico, a obra de Beccaria contribuiu fortemente para que possível a ruptura com o precedente período do terror; de cujo teor é simbolizado, como se consignou alhures, por seus excessos e desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, partir das ilações anteriores, o presente texto tem como objetivo tecer considerações sobre o Iluminismo penal em Cesare Beccaria; sobrelevando, no esteio de sua obra *Dos Delitos e das Penas*, a fundamentação político-filosófica atribuída pelo autor para o princípio da legalidade.⁵

Consigna-se, diante das conjecturas descritas anteriormente, a forma através da qual se propõe realizar a presente pesquisa.

Na primeira parte do trabalho, será apresentada uma síntese do contexto histórico no qual se circunscreve a obra de Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, que, frisa-se, se fez em 1764. Como se nota das lições de Bertrand Russel (2015), a Modernidade, sob uma perspectiva intelectual, é encetada no século XVII (RUSSEL, 2015, p. 53). Isso posto, foi no transcurso do referido período, vale dizer, na Idade Moderna, que a obra de Beccaria é engendrada. Sendo esse quartel histórico, portanto, o objeto da apreciação sumular inicial.

Sobre essa primeira aproximação que se descreveu anteriormente, é imperativo frisar que nela se tem como objetivo, diante do recorte da pesquisa, apenas tornar visível a condição do Direito Penal como instrumento de repressão política, do qual o autor pôde testemunhar e contra o qual insurgiu, durante a multirreferida Modernidade, sob égide do Estado absolutista.

A partir disso, dado o contexto da obra, trataremos do Iluminismo penal, dando-o conceito, ressaltando a sua importância para o Direito Penal e investigando se é possível atribuir, segundo a doutrina, sua paternidade à Cesare Beccaria. Na última parte do trabalho, analisar-se-á os pontos sensíveis da obra do autor, *Dos Delitos e Das Penais*, pondo em relevo a fundamentação político-filosófica exarada por ele para o princípio da legalidade, que é a pedra de toque do estudo.

O método utilizado será hipotético-dedutivo, através do qual, a partir de condições iniciais e valendo-se de dedução lógica, subjazem conjecturas a serem confirmadas no

5 Cabe pôr em relevo, dentro do contexto desenvolvido no trabalho doravante, que as reflexões nas quais se entrecem com o fundamento racional da pena versado por Beccaria encontram-se estribadas na dissertação de mestrado da coautora deste ensejo, intitulada “FATORES DETERMINANTES DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL EM MINAS GERAIS”, da qual se fará nota.

desenvolvimento do texto. A fonte bibliográfica constitui-se de doutrinas nacionais, doutrinas internacionais e textos publicados em diferentes âmbitos de difusão do conhecimento científico.

2 | EXCORÇO HISTÓRICO DO CONTEXTO DE PERFAZIMENTO DA OBRA DE CESARE BECCARIA

Sobre o esteio da Modernidade, como é assente na literatura, edifica-se palco histórico de profundas transformações sociais e, em virtude disso, nela se encerra um ciclo no qual sobreveio a viragem de paradigmas através de um fenômeno de declinação e afirmação de arquétipos; que foi encetado, ao seu turno, por diversos fatores. Por conseguinte, em referência às subjacências da Modernidade, tamanhas foram as alterações por ela carregadas que é possível encontrar na literatura notas como de Eric J. Hobsbawm (1977), através da qual o autor assinala vislumbrar, no íterim em comentário, “a maior transformação da histórica humana desde os tempos remotos quando o homem inventou a agricultura e a metalurgia, a escrita, a cidade e o Estado.” (HOBBSAWM, 1977, p. 17); assim como em Bertrand Russel (2015), que dando tônica ao desenvolvimento de cariz racionalista, diz-nos que a ciência teve, no século XVII, seus triunfos mais espetaculares, dos quais se consta profunda influência na construção da filosofia moderna. (RUSSEL, 2015, p. 53).

Como pontifica Susan Lewis (2012), foi esse também o período no qual, imbuídas pelo Racionalismo moderno, estribado, sobretudo, no Iluminismo francês, a Revolução Americana, a Revolução Francesa e a Revolução Inglesa, engendraram um novo modelo de pensamento econômico, político e cultural, de cuja repercussão irradiou-se por todo ocidente. (LEWIS, 2012, p. 176). Onde, ademais, enquanto fenômeno jurídico e histórico, foi a partir da dita Idade Moderna que se afirma o Estado de Direito; bem como, em seu sentido contemporâneo, a própria democracia (RUSSEL, 2015, p. 11).

De outro giro, a rigor, em momento precedente às Revoluções – que demarcam, efetivamente, o ponto culminante da conjuntura dessa faixa temporal que se dá nome de Modernidade – nota-se uma precoce repercussão dos seus postulados, em âmbito estrutural, na ainda nascente sociedade Moderna; através dos quais – por mais que muitos encontravam-se, ao tempo, em processo de amadurecimento – conferiram-na uma diferente plasticidade.

Foi através do caminhar desse processo, ante novos contornos políticos, econômicos e culturais, e como conseqüência deles, que se sobrepõe, gradativamente, um novo modelo de sociedade diferente do vigente modelo feudal, do qual se culminará, doravante, na forma do poder régio, absoluto e soberano, a formação dos Estados Nacionais. (LOPES, 2014, p. 167-168).

Decerto, entretanto – e isso é importante ressaltar –, que a consolidação dos Estados nacionais foi fruto de um perene processo de maturação histórico-social, que pôde ser

sentido, mais adiante, estruturalmente, como ruptura com o precedente modo de vida feudal. Nesse sentido, cabe pôr em relevo, consoante a esse transcurso, a advertência de Cláudio Brandão (2012), através da qual assinala que já na Baixa Idade Média é possível vislumbrar, no limiar dos séculos XII e XIII, transformações culturais profundas na estrutura social medievá; oportunidade na qual “as instituições feudais, baseadas no binômio suserania/vassalagem, enfraquecem-se em prol da concentração de poder nas mãos de [...] imperadores, reis, duques [...]”; e diante disso, pondera o autor que: “a velha hierarquia feudal, que foi a marca da extensa faixa temporal da chamada alta idade média, tem um abalo na sua estrutura, pois seu poder começa a declinar.” (BRANDÃO, 2012, p. 152).

Por conseguinte, em virtude do paulatino abandono do modo de vida feudal, tem-se, como corolário, a perda de poderio por parte da nobreza rural e o fortalecimento das Monarquias. Como fenômeno simultâneo, afirma-se a burguesia enquanto nova classe social nos centros urbanos, evoluindo como força econômica e reclamando suas respectivas aspirações. Como consequência do aumento da complexidade de regiões comercialmente favorecidas, se inicia o “florescimento das grandes cidades, cujas capitalização de troca vem apresentar um modelo econômico diverso do modelo do feudo autossustentado.” (BRANDÃO, 2012, p. 150-151). Nesse sentido, resulta das conjunções em comento, como salienta Bruno Albergaria (2012), que “com o deslocar da economia agrária (feudal) para o insipiente capitalismo [...] conclamava-se uma nova forma de organização social, com a necessária construção dos Estados.” (ALBERGARIA, 2012, p. 90).

Com o desenvolvimento dessa conjuntura – que foi carregado por diversos outros fatores⁶, – dos quais, no entanto, por uma questão de limitação epistemológica do objeto da pesquisa, não seria possível tratar– se fez a ruptura com sistema feudal, através do qual, desde o advento da queda do império Romano, dava-se tom às engrenagens sociais.

Nesse sentido, de uma maneira deveras ampla, essa é a conjuntura em que se perfila o esteio sobre o qual sobressai como nova instituição, na primeira fase da Modernidade,

6 Nesse sentido, veja-se Bruno Albergaria, que aduz: “A transição do sistema teocrático feudal, característico da Idade Média, para os Estados Modernos operou-se por vários fatores. Assim, algumas descobertas tecnocientíficas foram determinantes para o surgimento de uma nova forma de pensar (filosofia) e de construir novas normas de conduta (Direito) para o mundo ocidental. Podem-se destacar as grandes navegações: a chegada de Cristóvão Colombo às Américas, em 1492; a descoberta do caminho marítimo da Europa para o Extremo Oriente, por Vasco da Gama, em 1498; e, ainda, a circunavegação do Globo Terrestre por Fernão de Magalhães, em 1518-1522. Outros acontecimentos também marcaram essa época. Na Itália, surgiu o movimento Renascentista. O Teocentrismo (Deus como centro de todas as coisas) começou a ceder lugar ao Antropocentrismo/Humanismo/Racionalismo (homem no lugar de todas as coisas) com a volta do pensamento grego clássico¹⁹. Principalmente por causa da nova classe que acumulava riquezas com o comércio – e não mais com terra –, observou-se também, no Renascimento, a transição entre o regime feudal para o regime capitalista, iniciada com o movimento mercantilista. Com o deslocar da economia agrária (feudal) para o insipiente capitalismo, porém, conclamava-se uma nova forma de organização social, com a necessária construção dos Estados.” (ALBERGARIA, Bruno. A construção histórica dos Estados modernos (*absolutistas*) no mundo ocidental. Meritum: Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 81-109. jan./jun. 2012, p. 89-90).

a saber, os Estados absolutistas: à necessidade de uma nova forma de organização do tecido social, ante o desvanecer do modo de vida feudal, jungem-se às aspirações da emergente burguesia e à centralização de poder nas Monarquias, que, como referenciado alhures, teve início ainda na Baixa Idade Média, onde já era possível notar o fortalecimento do poder régio. (BRANDÃO, 2012, p. 152).

Consoante o acima descrito, faz-se nota das lições de Susan Lewis (2012), através das quais, tecendo considerações sobre a conjunção de fatores que sustentaram a construção do Estado moderno, exara semelhante conclusão:

“O Estado moderno europeu apresenta-se como uma forma historicamente organizada de poder e caracteriza-se, principalmente a partir de sua progressiva centralização política [ante o enfraquecimento do sistema feudal] que passou a ser justificada pelas condições materiais e existenciais do homem: [ante o fortalecimento da burguesia e a expansão do seu liberalismo ideológico] a felicidade, a segurança e o bem-estar terrenos tornaram-se função dos governantes. O sistema policêntrico do feudalismo vai perder espaço para o “[...] Estado territorial concentrado e unitário através da chamada racionalização da gestão do poder e da própria organização política imposta pela evolução históricas materiais.” (LEWIS, 2012 p. 176-177).

Consigna-se que esse primeiro modelo do Estado moderno se circunscreve sob o manto da soberania, que foi idealizada como poder irrestrito a qualquer outro dado exógeno ao mando. Por conta disso, do matiz infindo do poder justificado pela soberania, Estado absoluto ou absolutista. Com efeito, portanto, nessa instituição, parafraseando Cláudio Brandão (2012), “o rei era visto como um símbolo do Estado nascente e o poder que a ele era conferido significado o próprio poder daquele Estado que nascia.” (BRANDÃO, 2012, p. 151). Daí a emblemática assertiva de Luís XIV, o “Rei Sol”: “l’état c’est moi”. (HARLINE, 1992, p. 185).

É digno de nota que o Estado Absolutista, no limiar dessa concepção de soberania enquanto poder incondicionado, foi teorizada, precisamente com esse cariz peremptório, por juristas e filósofos modernos. Nesse sentido, pontifica Cláudio Brandão (2012), que “as ideias dos primeiros filósofos/juristas modernos, nomeadamente Maquiavel, Bodin e Hobbes, embasavam-se em um poder absoluto, que não é circunscrito a fatores externos que o impedissem de exercer o mando.” (BRANDÃO, 2012, p. 153). Transcreve-se, nessa senda, algumas referências de Susan Lewis (2012) aos ditos autores, conferindo acuidade ao que foi afirmado acima, em alusão à soberania:

“Bodin considera três formas de regime: a monarquia, a aristocracia e a democracia, e entende por soberania “o poder absoluto e perpétuo que é o próprio Estado”; [no mesmo sentido, diz-nos a autora, sobre Maquiavel que o autor] “[...] Classificou os governos em principados ou repúblicas e associou o poder à sua visão cíclica da história: em tempos de crise, o governo autoritário do príncipe, em tempos de estabilidade, a república.” (apud LEWIS, 2012, p.178).

Pois bem, as ilações anteriores permitem-nos agora – ademais, sem muitas digressões – penetrar no âmbito do Direito Penal e sobrelevar o seu protagonismo durante esse período. Protagonismo porque salta aos olhos, como conseqüência da conjectura acima

versada, a sua invulgar relevância para regime absolutista: é através do Direito Penal, de forma irrestrita à Idade Moderna, que se concretiza a violência política do Estado. (BRANDÃO, 2010, p. 8).

Com efeito, é de se ponderar que, desde a sociedade simples, o instrumento que permite a concreção da violência política é o Direito Penal; nesse sentido, parafraseando Michel Foucault (1987), no carrasco que executa a pena forma-se a engrenagem entre o povo e o príncipe (FOUCAULT, 1987, p. 94). Da afirmação de Foucault, sob prisma da história da repressão penal, é inarredável a engrenagem; alteram-se, entretanto, os agentes, considerando que, valendo-se de glosa expendida por Brandão, “é subjacente à ideia de Direito Penal a ideia de violência.” (BRANDÃO, 2010, p. 9).

Nesse sentido, o exercício de poder absoluto, ilimitado e incondicionado, sob égide do Estado absolutista, foi instrumentalizado pelo Direito Penal. Como consequência disso, o terror penal precedente, que se fez presente na Idade Média, foi amplamente defenestrado na Idade Moderna. Por efeito, cravejado o caráter de poderio absoluto através da concepção de soberania que se consta, fê-lo concreto em aparelhagem ao Direito Penal. Isso posto, vislumbra-se que, nesse sombrio período histórico, como prepondera Aníbal Bruno (1978):

“o absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de Estado no Direito Penal, o arbítrio judicial, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, nas definições dos crimes.” (BRUNO, 1978, p. 88-89).

Dando forma à repressão penal que nesse tempo se perfez, continua o autor e dispensa considerações, na forma de exemplos, de como o Direito Penal foi pavimento sobre o qual se fizeram as atrocidades políticas do Estado absolutista, de cujo teor transcreve-se a seguir:

“Justificado por esse regime injusto e cruel, assente sobre a iníqua desigualdade de punição para nobres e plebeus, e o seu sistema repressivo, com a pena capital aplicada com monstruosa frequência e executada por meios brutais e atrozes, como a força, a fogueira, a roda, o afogamento, a estrangulação, o arrastamento, o arrancamento das vísceras, o enterramento em vida, o esquartejamento; as torturas, em que a imaginação se exercitava na invenção dos meios mais engenhosos de fazer sofrer e multiplicar e prolongar o sofrimento, as mutilações, como as de pés, mãos línguas, lábios, nariz, orelhas, castração [...]” (BRUNO, 1978, p. 89).

Aludindo a mesma quadra histórica, salienta Cláudio Brandão (2010) que o Direito Penal foi recurso através do qual os monarcas, sob égide do Estado absolutista, garantiam a sua perpetuidade no poder, porquanto “[..] maior fosse o terror penal, maior seria o temor de rebelar-se contra o regime [...] o crime deveria ser punido da maneira mais brutal possível, porque ele representada ofensa à própria pessoa do soberano.” (BRANDÃO, 2010, p. 33); no mesmo sentido diz-nos o magistério de Heleno Cláudio Fragoso (1977), no qual o autor assinala: “o sentido geral das leis [no Estado absolutista] que acabamos de referir é o da repressão arbitrária e feroz, através de penas cruéis, que visam apenas

à intimidação [com vistas à manutenção do regime].” (FRAGOSO, 1977, p. 39).

Do terror penal acima descrito, leciona Cezar Roberto Bitencourt (2014), na segunda metade do século XVIII, frente ao arbítrio e às atrocidades que se perpetrou durante essa faixa temporal, reagiram fortemente os filósofos e juristas. Nessa incursão, através de suas proposições, eles se opuseram com acentuado vigor à legislação penal vigente; defendendo, sobretudo, se dito em forma de síntese, o imperativo de reconhecimento da dignidade da pessoa humana em seu bojo (BITENCOURT, 2014, p. 81-82).

No mesmo sentido, veja-se a lição de Roberta Fernandes Santos, na qual se expressa e conclui de modo similar:

“Tendo em vista crueldade que lastreava a legislação criminal, no século XVIII, surgiu um movimento em busca da humanização das penas. Alguns pensadores como Voltaire, Montesquieu e Rousseau, defendiam em suas obras as liberdades do indivíduo e os princípios da dignidade do homem, propondo uma proporcionalidade da pena.” (SANTOS, 2015, p. 18).

Com efeito, desse ensejo, como confluência de diferentes autores, jungidos, entretendo, através do escopo humanitário, germina-se o denominado Iluminismo penal, vale dizer: o movimento racionalista moderno que por intermédio da razão pelejou por liberdade, igualdade, justiça e, como corolário, a reforma do sistema punitivo. (BITENCOURT, 2014, p. 81-82). Sobre o pavimento do pensamento Iluminista, portanto, se inicia o denominado período Humanitário do Direito Penal, de cuja máxima representação alberga no magistério de Cesare Beccaria, tendo em vista que ele é tido como o autor que transporta, para o referido Direito Penal, o espírito subjacente do iluminismo do século XVIII, e nisso a doutrina soa uníssona.⁷

Da obra de Beccaria, como se consta em sede propedêutica deste trabalho, postula-se o pano de fundo para a construção jurídica do princípio da legalidade, tendo em vista que, valendo-se das palavras de Cláudio Brandão (2002), através de axiomas, o autor milanês enuncia o princípio da Legalidade como meio para possibilitar uma punição igualitária, que detenha proporcionalidade entre crime e a pena, irretroatividade da lei penal e proibição à analogia (BRANDÃO, 2002, p. 35). Passa-se, doravante, à análise da sua obra.

3 | O ILUMINISMO PENAL DE CESARE BECCARIA

Enquanto corrente de pensamento, o Iluminismo se circunscreve como movimento intelectual Europeu do século XVIII; decerto, portanto, que o referido iluminismo é fruto

7 (NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. v.1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 34); (MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1989, p. 40-41); (SANTIAGO, Mir Puig. **INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL**, concepto y método. 2.ed. Buenos Aires: Editorial B de L, 2003, p. 141); (BRUNO, Aníbal. **Direito Penal - Parte Geral: introdução, norma penal, fato punível**. tomo 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 95); (BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade e Interpretação no Direito Penal**. **SEQÜÊNCIA - ESTUDOS JURÍDICOS E POLÍTICOS**. Florianópolis, n. 68, p. 59-89, jun. 2014, p. 75).

de uma confluência de ideias de diversos autores.⁸ Nesse sentido, como destaca Flavia Di Luccio (2010), pode-se afirmar, sobre o pensamento iluminista, que ele não se encerra em única doutrina filosófica ou teórica, senão em um emaranhado de ideias e valores dos quais compartilharam diferentes âmbitos do conhecimento, com expressões igualmente diversas, a partir das quais é engendrada, verdadeiramente, uma “revolução nas artes [...], nas ciências, nos costumes, na teoria política e na doutrina jurídica.” (DI LUCCIO, 2010, p. 20).

No âmbito da doutrina jurídica – que obviamente se entretetece com o político e o filosófico–, de maneira deveras ampla, pode-se dizer que o Iluminismo, enquanto conjunto de ideias e valores, estribou a sua crítica na perenidade dos privilégios da nobreza, na autoridade da tradição, na ausência de garantias individuais e segurança jurídica, no clericalismo e nos poderes irrestritos dos monarcas sob égide do Estado absolutista (LOPES, 2014, p. 200); contra os quais exigia-se, por intermédio do pensamento racionalista, seus respectivos contrastes contraditórios, concentrando-os em postulados que, de uma maneira ou de outra, convergem para necessidade de afirmação e reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

No ramo o Direito Penal, prepondera Paulo José da Costa Júnior (2005) que o Iluminismo, no quartel final do século XVIII, foi a corrente de pensamento responsável por encetar a reforma do sistema punitivo; inaugurando-se através dele, por conseguinte, o seu período humanitário (COSTA JÚNIOR, 2005, p. 14).

Sobre o pensamento iluminista e a sua interação com o Direito Penal, afirma Heleno Fragoso (1977) que “o movimento de reforma nas leis e na administração da justiça penal surgido ao fim do sec. XVIII é resultado do extraordinário movimento de ideias que constituiu o iluminismo.” (FRAGOSO, 1977, p. 41); donde, em Júlio Fabbrini Mirabete (1989), temos a seguinte lição: “É no decorrer do iluminismo que se inicia o denominado Período Humanitário do Direito Penal, movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal no fim do século XVIII.” (FABBRINI, 1989, p. 40).

Por conseguinte, descortina-se através do exposto, com uma invulgar acuidade, tamanha a relevância que essa corrente de pensamento representou para o Direito Penal, e porque é tida como pano de fundo para elaboração jurídica do princípio da legalidade; por meio do qual, não é demais lembrar, inaugura a fase científica de dito ramo do Direito.

8 Veja-se, nesse sentido, alguns nomes de destaque no limiar do Iluminismo, dos quais faz referência, parafraseando a obra de Marcondes, Flavia Di Luccio: “Ainda segundo Marcondes (2007), alguns nomes se destacam como os principais representantes do Iluminismo em diferentes contextos sociais. Na França, destacam-se Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), Voltaire (1694- 1778), Fontenelle (1657-1757), Helvétius (1715-1771), Montesquieu (1689- 1755), Holbach (1723-1789), La Mettrie (1709-1751) bem como os enciclopedistas Diderot (1713-1784), D’Alembert (1717-1783) e Condorcet (1743-1794)³. Na Alemanha, ganham proeminência J. Herder (1744-1803), o poeta Gotthold Lessing (1729-1781), Immanuel Kant (1724-1804), e, em um primeiro momento de sua obra, Goethe (1749-1832). Na Inglaterra, sobressaemos nomes de Hume (1711-1776), do poeta Alexander Pope (1688-1744), do jurista e cientista político Jeremy Bentham (1748-1832), do historiador Edward Gibbon (1737-1794), do economista Adam Smith (1723-1790). Na Itália, o grande destaque é o jurista Beccaria (1738-1794). (DI LUCCIO, Flavia. **DO ILUMINISMO À WEB SEMÂNTICA: REFLEXÕES SOBRE A COMUNICAÇÃO** Programa de Pós-Graduação em Psicologia da PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2010, p. 20-21). **COM BASE EM UMA ÚNICA LÍNGUA.** 2010. 159 f. Tese (Doutorado em Psicologia) -

Pois bem, da análise da literatura jurídica com definido objetivo investigar a gênese do pensamento Iluminista nas considerações penais, é notório que ele deita suas raízes na obra *Dos Delitos e das Penas* (1764), versada por Cesare de Beccaria.

Por conseguinte, endossando o anteriormente exposto, concessa vênua, transcreve-se, nesse sentido, o teor literal da doutrina jurídico-penal:

“Tal estado de coisas suscitava na consciência comum a necessidade de modificação e reformas no direito repressivo [...] Intérprete desse anseio foi CÉSAR BONESANA, Marquês de Beccaria. [...] É a essência de sua obra: defesa do indivíduo contra as leis e a Justiça daqueles tempos, que se notabilizaram; aquelas, pelas atrocidades; e, esta, pelo arbítrio e servilismo aos fortes poderosos.” (MAGARALHÃES NORONHA, 1982 p. 32-34).

“Em 1764, Cesar Bonesana, Marquês de Beccaria (nascido em Florença, em 1738), filósofo imbuído dos princípios pregados por Rousseau e Montesquieu, fez publica em Milão, a obra *dei delitti e dele pene* (*Dos Delitos e das Penas*), um pequeno livro que se tornou o símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal vigente. [...] As ideias fundamentais do Iluminismo expostas magistralmente por Beccaria estão nas obras de vários autores que escreveram na primeira metade do século XIX [...].” (MIRABETE, 1989, p. 40-41).

“BECCARIA, iniciador del derecho penal moderno, representa la opinión de la Ilustración acerca del fundamento político de la atribución al Estado del *ius puniendi*[....]” (MIR PUIG, 2003, p. 103).

“Essas aspirações e esses princípios filosóficos Beccaria transportou ao campo do Direito Penal, e veio a marcar com a sua obra o início de nova época, não só no pensamento científico especializado, mas ainda na atuação da Justiça e nas ideias comuns sobre o crime e a pena.” (BRUNO, 1978, p. 95).

“Com efeito, a dogmática penal é muito devedora do dito iluminismo penal. Muitos, inclusive, atribuem a Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, a paternidade do princípio da legalidade, já que em sua obra *Dos delitos e das penas*, Beccaria propõe a limitação ao *jus puniendi* e o primeiro dos princípios apresentados por ele é o princípio da legalidade, ali fundamentado na filosofia social do contratualismo, pois a lei seria a legítima expressão do contrato social e, assim, só ela poderia emitir os comandos penais.” (BRANDÃO, 2014, p. 75).

É lícito afirmar, portanto, conforme pontifica a doutrina uníssona e o Direito comparado, que a obra de Beccaria perfez a ponte entre as ideias apregoadas pelo Iluminismo e o Direito Penal. De tamanha relevância, o magistério do referido autor irradiou-se por todo o mundo, podendo vislumbrar a sua repercussão, como prepondera Paulo José da Costa JR. (2005), “na Rússia de Catarina II; na Prússia de Frederico, o Grande; na Áustria de Francisco José; na Toscana de Leopoldo II; e em França, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e nos Códigos Penais de 1791 e 1810.” (COSTA JR., 2005, p. 15).

Conclui-se, por todo exposto, parafraseando Cláudio Brandão (2014), que a dogmática penal é muito devedora do iluminismo penal e, portanto, da pessoa de Beccaria (BRANDÃO, 2014, p. 72-73).

3.1 A legalidade em dos delitos e das penas

Cesare Beccaria, milanês e filho de família abastada, nasceu em 15 de março de 1738. Como leciona Cláudio Brandão (2010), na vida intelectual, estudou com os jesuítas, em Parma; sendo que, em período subsecutivo, ingressou na universidade Paiva, onde estudou Direito (BRANDÃO, 2010, p. 33). No contexto desta instituição, no âmbito acadêmico, digladiavam-se duas correntes de pensamento, sobre as quais, pode-se dizer:

“Na vida intelectual milanesa enfrentavam-se, de um lado, os homens maduros – burocratas imperiais, de postura conservadora – e, do outro, os jovens intelectuais, atentos às novidades filosóficas vindas do exterior. Dentre esses jovens, comandados por Pedro Verri, encontrava-se o nosso autor. Eles fundaram um grupo autodenominado “Academia dos Punhos”, onde questionaram, além da literatura, a economia e a política; tentam redimensionar, à luz da filosofia iluminista, as questões relativas ao Estado e à sociedade, à fé, à autoridade e à tradição.” (BRANDÃO, 2010, p. 33).

Com efeito, se faz possível ponderar, mais uma vez e agora com maior limpidez, que a doutrina de Beccaria consubstancia os postulados iluministas no Direito Penal.⁹

No limiar do iluminismo é lícito afirmar, conforme aponta a literatura jurídica e filosófica, que as marcantes influências de Beccaria para a elaboração de sua obra albergam em Rousseau e Montesquieu.¹⁰ Em sede propedêutica de *Dos Delitos e Das Penas*, efetivamente, nota-se cristalina a influência de Rousseau, porquanto – e isso salta aos olhos de sua leitura – Cesare Beccaria concebe o Estado, enquanto sociedade civil, utilizando-se do contratualismo daquele autor.

Em apertada síntese para que possível o cotejo, Jean-Jacques Rousseau, em seu contratualismo, diz-nos que a passagem do Estado de natureza para o Estado civil é impelida pela própria necessidade de subsistência humana, tendo em vista que as vicissitudes da vida em sociedade¹¹ fizeram com que, no estado natureza, paradoxalmente, “o homem nasce livre, e em todas partes encontra-se aprisionado.” (ROUSSEAU, 2006, p. 210). O Estado civil, nesse panorama, resultaria, para o autor, de um ato de associação de todos os homens, que através da cessão de uma parcela da sua liberdade individual, jungindo-as, perfilam um contrato social, no qual, segundo Rousseau, “cada um de nós põe em

9 Diz-nos Cláudio Brandão que Beccaria, em carta enviada ao abade Morellet, reconhece, em sua obra, a grande influência da filosofia francesa, particularmente em Montesquieu e Helvetius. (BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 34).

10 Nesse sentido, veja-se: (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: DPJ editora, 2005, p. 14); (BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 34); (MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1989, p. 40); (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 42).

11 “Assim, os mais poderosos ou os mais miseráveis, fazendo de suas forças ou de suas necessidades uma espécie de direito ao bem alheio, equivalente, segundo eles, ao de propriedade, a igualdade rompida foi seguida da mais indigna desordem; assim as usurpações dos ricos, as extorsões dos pobres, as paixões desenfreadas de todos, abafando a piedade natural e a voz ainda fraca da justiça, tornaram os homens avaros, ambiciosos e maus. Ergue-se entre o direito do mais forte e do primeiro ocupante um conflito perpétuo que não terminava senão com combates e mortes. A sociedade nascente foi colocada no mais horrível estado de guerra: o gênero humano, aviltado e desolado, não podendo mais retornar sobre seus passos, nem renunciar às aquisições infelizes que realizara, ficou às portas da ruína por não trabalhar senão para sua vergonha, abusando das faculdades que o dignificam.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *DA SERVIDÃO À LIBERDADE*. In: WEFFORT, C. Francisco. (coord.). p. 201-242. **OS CLÁSSICOS DA POLÍTICA**. São Paulo: Editora Ática, 2006, p. 211-212).

comum sua pessoa e todo o seu poder sobre a suprema direção da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo.” (ROUSSEAU, 2006, p. 220).

Pois bem, sobre o esteio do contratualismo de Rousseau, Beccaria enuncia que, em virtude da multiplicação natural dos membros de uma mesma comunidade se consta, com o transcurso do tempo, a sobreposição dos meios de subsistência que a terra, em estado natural, oferece-lhes. Diante disso, por uma questão de sobrevivência, partiram eles a ocupar outras circunscrições territoriais, formando, ao tempo, novas agremiações. Salienta o autor que o deslinde desse processo resultou, naturalmente, em atos de oposição entre os diferentes agrupamentos, que passaram a se digladiar reciprocamente e de maneira infundável. Desse cenário, um estado de guerra, portanto, se perfez. Nesse sentido, transcreve-se, *in verbis*, as considerações de Beccaria:

“A multiplicação do homem, embora lenta, porém muito superior aos meios que a terra em seu estado natural, oferecia para satisfazer as necessidades que se tornavam a cada dia mais numerosas, obrigou o homem a separar-se novamente e formar mais sociedades. Estas, naturalmente, se opuseram às primeiras, e um estado de guerra foi transferido dos indivíduos para as nações.” (BECCARIA, 2006, p. 14)

Ante essa conjuntura, diz-nos Beccaria, os homens, conscientes das incertezas de viver em perpétuo estado de guerra – no qual, ademais, inclusive a teórica liberdade absoluta do estado de natureza possui pouco valor–, sacrificaram parte da sua liberdade individual na busca de uma vida harmônica, vale dizer, para viver em sociedade através das Leis, sendo que estas representarão, portanto:

“as condições sob as quais os homens, naturalmente independentes, unem-se em sociedade. Cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade que se tornou de pouco valor”, sendo que, para tanto, através das Leis, eles “sacrificam uma parte dela para viver o restante em paz e segurança.” (BECCARIA, 2006, p. 12-13).

Nesse sentido, como leciona Marcio Renato Bartel (2015), do teor das proposições de Rousseau, pode-se afirmar que: “Beccaria toma a ideia de que o contrato feito pelos indivíduos, para formar a sociedade, foi um pacto de associação [chancelado pela Lei] e não de submissão.” (BARTEL, 2015, p. 7). É da mesma conclusão, sobre a construção teórica de Cesare Beccaria, o magistério de Cláudio Brandão (2010); veja-se, em transcrição:

“O milanês parte do pressuposto filosófico formulado por Rousseau, segundo o qual, no princípio, havia um estado de natureza, no qual o homem, ao chegar à idade da razão, era senhor de si, tendo uma vontade soberana. Todavia, para a subsistência do próprio homem foi necessário alienar uma parte de sua vontade em prol da vontade geral. A partir de então, a vontade, oriunda do contrato social, é que será soberana e a lei é a sua expressão.” (BRANDÃO, 2010, p. 34).

Com efeito, portanto, assinala Beccaria que da alienação de uma parcela restrita da liberdade individual cunha-se o contrato social e nasce a soberania, que tem na Lei a sua expressão. Dentro dessa conjunção, prepondera o autor, o direito punitivo, por consequência da disposição mínima da liberdade pessoal para o enlace do contrato

social, detém, do mesmo modo, uma lacônica porção de dita liberdade, isto é, uma substância “suficiente apenas para induzir outros a defende-lo”. Como consectário, se é dessa confluência de liberdades mínimas que se perfaz o direito punitivo, “tudo que vai além dela é abuso, não justiça.” (BECCARIA, 2006, p. 13); sendo, logo mais, dispensado o conceito de justiça em sua obra:

“Observe que por justiça eu entendo nada mais do que o vínculo necessário para manter unidos os interesses individuais, sem os quais o homem retornaria a seu estado original de barbárie. Toda pena que excede à necessidade de preservar esse vínculo é, por natureza, injusta.” (BECCARIA, 2006, p. 13).

Pois bem, a partir de então, em sua genialidade, Beccaria passa a tecer, sob forma de postulados, as condições necessárias para reforma do sistema punitivo vigente. Dentre os quais sobressai, de maior valia, o que o autor denomina como princípio da precedência ou princípio da Lei, de cujo teor emanam, segundo ele idealiza, três consequências fundamentais; donde, a rigor, inserem-se no âmbito do *ius puniendi* uma multiplicidade de contingências para seu exercício, as quais, oportunamente, apreciaremos adiante.

A primeira consequência do princípio da Lei, diz-nos Beccaria, “é que somente elas podem determinar a pena para crimes, e a autoridade para aplicar as leis penais só pode residir no legislador, que representa toda sociedade, unida por um pacto social.” (BECCARIA, 2006, p. 15). Na primeira parte da assertiva, portanto, o autor, sobre o esteio da soberania que deflui do contrato social, justifica a reserva legal no âmbito dos crimes e das penas: da confluência das liberdades individuais de cada membro da coletividade, versada no contrato social, se perfaz a soberania; a expressão de dita soberania, enquanto vontade geral, é instrumentalizada pela Lei. A Lei, portanto, pavimento que dá vida ao contrato social, é a expressão da própria soberania popular e, por conta disso, fonte exclusiva das normas penais.

Sobre o tema, com a mesma conclusão, sentencia Cláudio Brandão (2014) que:

“o primeiro dos princípios apresentados por ele [Cesare Beccaria] é o princípio da legalidade, ali fundamentado na filosofia social do contratualismo, pois a lei seria a legítima expressão do contrato social e, assim, só ela poderia emitir os comandos penais.” (BRANDÃO, 2014, p. 75).

É de se observar, ainda no âmbito da primeira consequência, ao tempo de sua segunda parte, que se consta cristalina a influência de Montesquieu, no que tange à necessidade de separação dos poderes. Nesse sentido, diz-nos Beccaria que “a autoridade para aplicar as leis penais só pode residir no legislador, que representa toda sociedade, unida por um pacto social.” (BECCARIA, 2006, p. 15). Por conseguinte, a soberania que advém deste pacto, segundo o autor, deve ser exercida, indiretamente, através do legislador. Influência que, em momento subsecutivo, na continuação de suas considerações, fica ainda mais clara quando Beccaria afirma os seguintes termos: “Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, infligir a qualquer outro membro da mesma sociedade penas não estabelecida por lei [...]”; e continua, agregando os elementos necessários

para o exercício da magistratura dentro da estrita legalidade: “Mas uma pena, além dos limites fixados pela lei, é uma pena justa mais uma pena adicional; portanto, não pode o magistrado, sob qualquer pretexto [...] aumentar a pena estabelecida a um cidadão delinquente.” (BECCARIA, 2006, p. 13).

Em virtude disso, como acertadamente afirma Cláudio Brandão, para Beccaria, “A tarefa do magistrado é, por conseguinte, fazer um silogismo perfeito, sendo a lei a premissa maior, a ação em julgamento a premissa menor, e a consequência seria a pena ou a liberdade.” (BRANDÃO, 2010, p. 35). Nessa toada, o milanês vislumbra no princípio da separação dos poderes, sobre esteio de Montesquieu, outro elemento necessário para humanização do Direito Penal.

Pois bem, na segunda consequência dos princípios das leis, Beccaria trata novamente das separações dos poderes, que já foi analisada anteriormente. Doravante afirma, categoricamente, a necessidade de igualdade de tratamento perante a Lei, insurgindo contra as benesses que sempre usufruíram os grupos privilegiados, que era uma realidade manifesta no Estado absolutista. É também com base no contrato social que o milanês justifica a igualdade. Nesse sentido, segundo o autor:

“se cada indivíduo é comprometido com a sociedade, a sociedade é igualmente comprometida com o indivíduo por um contrato que, por sua natureza, obriga ambas as partes [...] Esse comprometimento, que desce desde o trono até o casebre e igualmente vincula o mais poderoso ao mais miserável dos homens, significa que é de interesse de todos que as convenções úteis a maioria sejam observadas. A violação desse pacto por qualquer indivíduo é uma introdução à anarquia.” (BECCARIA, 2006, p. 16).

Dos princípios das leis, por derradeiro, Beccaria salienta como imperativo a proporcionalidade e a utilidade das penas. Transcreve-se, sobre o tema, a nota do autor:

“A terceira consequência é que se fosse provado que a severidade das penas, ainda que não imediatamente contrária ao bem público e ao próprio objetivo para o qual ela existe, que é o de impedir delitos, é inútil, então essa severidade seria contrária àquelas benéficas virtudes que são consequência da razão iluminada que instrui o soberano a desejar governar homens em estado de liberdade e felicidade em vez de escravidão. Também seria contrária à justiça e ao pacto social. (BECCARIA, 2006, p. 16).

Deveras importante o que aqui consigna o Cesare Beccaria, mormente sobre a utilidade da pena, tendo em vista que isso confere à consequência do crime um fundamento racional, que é impedir o cometimento de delitos, e isso rompe com o seu precedente caráter vingativo. Nesse sentido, veja-se a lição de Roberta Fernandes Santos:

“Beccaria considerava ser melhor a prevenção do crime, do que seu castigo. Em sua obra *“Dos delitos e das Penas”*, tinha uma concepção utilitarista da pena, considerando-a como um simples meio de atuar no comportamento humano, e assim, sustentava que a pena possuía como fim impedir o réu de causar danos a outros cidadãos, prevenção especial, assim como evitar que os demais pratiquem delitos, prevenção geral [...] O pensador trouxe a ideia da proporcionalidade e da humanidade da pena, pois deveria ser ela o menos dolorida possível para o corpo do condenado e guardar uma estreita relação de proporcionalidade com a gravidade da infração. Considerava que a pena privativa de liberdade deveria substituir as penas capitais e corporais, e insistia na necessidade de que a pena fosse imposta sem demora, pois a preocupação do réu diante da incerteza da sentença é um verdadeiro tormento” (SANTOS, 2015, p. 18).

Por conseguinte, como acertadamente diz-nos Bitencourt, pode-se concluir, no que diz respeito à sanção penal, que “Beccaria tinha uma concepção utilitarista da pena. Procurava um exemplo para o futuro, mas não uma vingança pelo passado, celebrizando a máxima de que “é melhor prevenir delitos que castigá-los.” (BITENCOURT, 2014, p. 84).

4 | CONCLUSÃO

De forma breve, o presente trabalho teve como objetivo tecer considerações sobre o Iluminismo penal enunciado por Cesare Beccaria; sobrelevando, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, a fundamentação político-filosófica atribuída pelo autor ao princípio da legalidade, que demarca sua gênese sob aquele prisma.

Como se nota do exarado no desenvolvimento do texto, a doutrina de Cesare Beccaria, a rigor, consubstancia os postulados Iluministas no âmbito das considerações penais; de cuja influência daquela corrente de pensamento carregada na obra do autor, é possível antever duas principais, nomeadamente, Jean-Jackes Rousseau e Montesquieu: do primeiro, Beccaria tomou nota do seu contratualismo e, deste segundo, o imperativo da separação dos poderes.

Não são necessárias muitas digressões – por conta de ela se constituir sobre o esteio do Iluminismo – para afirmar, enquanto a pedra de toque da obra de Beccaria, estabelecer princípios gerais para a reforma do sistema punitivo vigente com fito de cravejar o respeito à dignidade da pessoa humana no âmbito do exercício do poder punitivo estatal. Ademais, a própria doutrina, como consignado em sede do item (3), sentencia que o magistério do autor em referência constitui o prenúncio do período humanitário do Direito Penal – o que endossa o que se afirmou nas linhas pretéritas deste parágrafo.

Conquanto Beccaria circunscreva a sua doutrina objetando de maneira enérgica a legislação penal vigente, ele não advoga, ao tempo, a sua abolição. Ao revés, diz-nos o autor que o Direito Penal tem por objetivo, através das penas, evitar o cometimento dos crimes. Diante disso, é possível a ilação de que, para Beccaria, o ramo do Direito Penal, por efeito de sua função, é uma instituição não só desejosa, mas indispensável para vida em sociedade.

Entretanto, afirma Cesare Beccaria, o Direito Penal, para cumprir com o seu objetivo, o que lhe confere sentido para sua existência, deve se revestir de legitimidade. E para tanto, segundo o milanês, o exercício do poder punitivo estatal, concebido por ele com fundamento na filosofia do contratualismo, deve ser submetido a uma série de exigências, e a primeira delas é o princípio da Legalidade. Isso posto, é lícito afirmar que Cesare Beccaria apresenta o princípio da legalidade, em sua obra, como instrumento necessário para reforma do sistema punitivo vigente, que é marcado, ao tempo, por excessos e menoscabo das garantias do homem frente o seu arbítrio, em razão de os postulados aventados por Beccaria visarem a contenção da repressão penal do Estado absolutista

como pavimento por meio do qual torne-se possível, no âmbito do Direito Penal, o almejado reconhecimento e respeito da pessoa humana em sua dignidade.

Nas ponderações de Beccaria, o princípio da legalidade é versado como a denominação princípios da lei. Da análise da obra do aludido autor, nota-se que ele descreve a legalidade através de três procedências necessárias para o seu perfazimento, de cujo teor emanam, a rigor, uma multiplicidade de contingências para que se possa legitimar a legislação penal, que assim podemos expressá-las, em forma de síntese: (I) somente através das Leis, diante da sua qualidade de expressão da soberania que fora constituída a partir do contrato social, determinam-se os crimes e as respectivas penas; (II) o legislador, representante de toda a sociedade unida pelo pacto social, é a única autoridade que possui competência e legitimidade para cominação dos crimes e das respectivas penas; (III) a pena justa é aquela circunscrita na Lei, como obra da soberania popular. Portanto, ao magistrado, no exercício das suas atribuições, não é lícito transpor a literalidade da disposição legal, senão realizar, com efeito, um silogismo simples, no qual a Lei constitui a premissa maior e o caso a premissa menor; (IV) o compromisso firmado no contrato social vincula todos, reciprocamente; do mais rico ao mais miserável. Isso posto, a igualdade perante a Lei é um imperativo inarredável; (V) a pena possui uma finalidade, que é a prevenção dos crimes. Diante disso, do contraste entre a prevenção dos crimes e a sua severidade, ela deve ser útil; porque, de modo contrário, será avessa à justiça e ao pacto social e, por conta disso, ilegítima.

Nesse sentido, todas as exigências que Cesare Beccaria estabelece para a reforma do sistema punitivo, jungidas por ele na legalidade, perfazem, doravante, a fundamentação da sua fórmula jurídica, cunhada por Anselm Von Feuerbach, em 1801, como um sistema de garantias dogmáticamente aplicável ao Direito Penal. Sobre o qual, parafraseando Aníbal Bruno (1978), pode-se expressar o seu significado através da seguinte assertiva:

“O rigor dessa limitação e a força dessas garantias estão no princípio que faz da lei penal a fonte exclusiva de declaração dos crimes e das penas, o princípio da absoluta legalidade do Direito punitivo, que exige a anterioridade de uma lei penal, para que determinado fato, por ela definido e sancionado, seja julgado e punido como crime. [...] expresso na regra *nullum crimen, nulla poena sienta lege*”. (BRUNO, 1978, p. 206).

Como referenciado, e novamente aqui se ressalta, a fórmula jurídica da legalidade é o marco a partir do qual o ramo do Direito Penal é capacitado, através de um método, de mecanismos racionais que permitiram-no a contenção do poder punitivo, e, por conseguinte, foi quando ele se tornou uma ciência. Repisa-se, nesse contexto, a advertência de Cláudio Brandão, na qual o autor coloca em relevo que todos os elementos do esquema metodológico da dogmática penal contemporânea – nomeadamente, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – foram aventados em momento subsecutivo à multirreferida elaboração jurídica do princípio da legalidade (BRANDÃO, 2014, p. 72-74). Não se pode afirmar que a conjectura anterior resulta de uma coincidência histórica: de

toda ciência precede um método, e a ciência do Direito Penal construiu o seu edifício a partir das vigas mestras da legalidade, e não em momento anterior.

Diferentemente do prenúncio de Anselm Von Feuerbach acima exposto, a obra de Cesare Beccaria não é jurídica ou dogmática, em seu teor técnico, senão filosófica/político-filosófica. Ademais, essa é uma conclusão que detém lastro na doutrina jurídico-penal, que, com vênia, transcreve-se a seguir:

“A obra de Beccaria não é jurídica em sentido técnico, mas filosófica ou filosófica-sociológica. Mas a ciência do Direito Penal tinha de nascer dentro da filosofia e só mais tarde adquirir independência e método próprio, com seu caráter dogmático.” (BRUNO, 1978, p. 95).

“[...] em sua obra *Dos delitos e das penas*, Beccaria propõe a limitação ao jus puniendi e o primeiro dos princípios apresentados por ele é o princípio da legalidade, ali fundamentado na filosofia social do contratualismo, pois a lei seria a legítima expressão do contrato social e, assim, só ela poderia emitir os comandos penais. A legalidade, portanto, é a primeira e mais importante limitação ao poder de punir do Estado. Porém, o princípio da legalidade em Beccaria não está fundamentado a partir da dogmática penal, pois sua obra é um tratado de filosofia política. Por esse motivo, Beccaria alerta a repercussão política de suas ideias, pois, em suas palavras, os déspotas subalternos, que se assentam sob o peso de suas tiranias, não assimilarão a proposta limitação ao poder de punir advinda a partir do princípio da legalidade.” (BRANDÃO, 2012, p. 75).

Isso posto, seria um equívoco afirmar que o princípio da legalidade, como fórmula jurídica aplicável à dogmática penal, foi elaborado por obra Cesare Beccaria. Não obstante, esse fato, de maneira alguma, retira o mérito da referida obra do autor, sendo lícito considerá-la, diante da sua virtude de cravejar a filosofia que constituiu o espeque sobre o qual o princípio da legalidade se edifica, como sua gênese, sob aquele prisma.

Por todo exposto, tona-se possível concluir que o Iluminismo Penal de Cesare Beccaria desempenhou um papel de invulgar importância para ruptura com o período do Direito Penal do terror e, da mesma forma, para o seu crepúsculo científico.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Bruno. **A construção histórica dos Estados modernos (*absolutistas*) no mundo ocidental**. Meritum: Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 81-109. jan./jun. 2012, p. 89-90). Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1201>. Acesso em: 20/06/2020.

ARAÚJO, Fábio Roque Brito. Construção histórica da contenção do poder punitivo: dos primórdios ao Direito Penal Liberal. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 18, ed. 35, p. 45-70, jun. 2007. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2015v18n35p45>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BARTEL, Márcio Renato. **A INFLUÊNCIA DO ILUMINISMO SOBRE BECCARIA E SUA REFLEXÃO SOBRE A PENA DE MORTE**. Estação Científica: Juiz de Fora, nº 12, jul./dez. 2014, p. 1-14. Disponível em: https://portal.estacio.br/docs/%5Crevista_estacao_cientifica/10.pdf. Acesso em: 20/06/2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. 2. ed. São Paulo: Hunter Books, 2012.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRANDÃO, Cláudio. Introdução às ideias jurídicas da modernidade. *In*:
- BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coord.). p.149-161. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.
- BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. **SEQÜÊNCIA - ESTUDOS JURÍDICOS E POLÍTICOS**. Florianópolis, n. 68, p. 59-89, jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p59>. Acesso em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p59>.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal - Parte Geral: introdução, norma penal, fato punível**. tomo 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: DPJ editora, 2005.
- DI LUCCIO, Flavia. **DO ILUMINISMO À WEB SEMÂNTICA: REFLEXÕES SOBRE A COMUNICAÇÃO COM BASE EM UMA ÚNICA LÍNGUA**. Programa de Pós-Graduação em Psicologia da PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2010, 159 f. Tese (Doutorado em Psicologia). Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=15543@1>. Acesso em: 18/06/2020.
- Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-011-2722-6_14#citeas. Acesso em: 18/06/2020.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. 20. Ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Bushatsky, 1977.
- Harline C.E. (1992) "L'état C'Est à Moi": Louis XIV and the State. In: Harline C.E. (eds) **The Rhyme and Reason of Politics in Early Modern Europe**. International Archives of the History of Ideas/Archives Internationales d'Histoire des Idées, vol 132. Springer, Dordrecht.
- HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- LEWIS, Susan. O pensamento político e a construção do Estado Moderno. *In*: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coord.). p. 175-188. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MIR PUIG, Santiago. **INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL**, concepto y método. 2.ed. Buenos Aires: Editorial B de L, 2003.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1989.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. v.1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- ROUSSEAU, Jean-Jackes. DA SERVIDÃO À LIBERDADE. *In*: WEFFORT, C. Francisco. (coord.). p. 201-242. **OS CLÁSSICOS DA POLÍTICA**. São Paulo: Editora Ática, 2006

RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental - livro 1: A filosofia antiga**. Tradução Hugo Angone. Rio de Janeiro: Nova Forense, 2015.

SANTOS, Roberta Fernandes. **FATORES DETERMINANTES DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL EM MINAS GERAIS**. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Puc-MG, Minas Gerais, 2015, 104 f, Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Disponível em: http://acaopelapaz.org.br/novo/wp-content/uploads/2018/02/tese_Roberta-Fernandes-Santos_PUCMG.pdf. Acesso em: 08/06/2020.

CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA E DOS MOVIMENTOS SOCIAIS - O POBRE COMO UM INIMIGO DA SOCIEDADE

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 06/05/2020

Álisson Rubens da Silva Sousa

Instituto de Ciências Sociais e Jurídicas
Prof. Camillo Filho
Teresina – Piauí
<http://lattes.cnpq.br/5081296615510557>

Linda Evelyn Sousa Nascimento

Instituto de Ciências Sociais e Jurídicas
Prof. Camillo Filho
Teresina - Piauí
<http://lattes.cnpq.br/2057220438227042>

Stenny Dyego Silva Rocha

Instituto de Ciências Sociais e Jurídicas
Prof. Camillo Filho
Teresina - Piauí
<http://lattes.cnpq.br/0544165901897155>

RESUMO: O presente trabalho teve como tema gerador a Criminalização da Pobreza e dos Movimentos Sociais cujo objetivo foi demonstrar que tais fenômenos não são exclusivos das sociedades contemporâneas. Assim, buscou-se analisar, ainda que de forma breve, a constante criminalização da pobreza e estigmatização do pobre, considerando seus aspectos econômico, social e jurídico. Além disso, buscou-se também

inferir a importância dos movimentos sociais nesse contexto de mitigação da participação político-social das classes marginalizadas, assim como a repressão dos mesmos por parte do Estado e do Direito com o fim de preservar um conceito abstrato de manutenção da ordem, revelando assim o autoritarismo ainda predominante no sistema penal.

PALAVRAS - CHAVE: Criminalização, Movimentos sociais, Pobre, Inimigo.

CRIMINALIZATION OF POVERTY AND SOCIAL MOVEMENTS - THE POOR AS AN ENEMY OF SOCIETY

ABSTRACT: The present work had as its generating theme the Criminalization of Poverty and Social Movements whose objective was to demonstrate that such phenomena are not exclusive to contemporary societies. Thus, we sought to analyze, albeit briefly, the constant criminalization of poverty and stigmatization of the poor, considering its economic, social and legal aspects. In addition, it also sought to infer the importance of social movements in this context of mitigating the political and social participation of marginalized classes, as well as their repression by the State and the Law in order to preserve an abstract concept of maintaining

order, thus revealing the authoritarianism still prevalent in the penal system.

KEYWORDS: Criminalization, Social movements, Poor, Enemy.

1 | INTRODUÇÃO

Cotidianamente é anunciado na mídia um número cada vez maior de crimes. Ladrões, assaltantes, homicidas, estupradores, corruptos assombram os sonhos das ‘pessoas de bem’ que se aprisionam dentro de seus lares com cerca elétrica e muros de três metros de altura. A resposta à sociedade para esse problema é buscar um culpado – um inimigo objetivo – e derramar toda sua ira sobre ele.

Nesse sentido, o pobre é o bode expiatório dessa sociedade, o culpado da violência, da corrupção e de todos os outros males que a assolam.

O presente trabalho propõe demonstrar, através de uma breve análise histórico-social, a existência da estigmatização da pobreza bem como dos movimentos sociais e sua função dentro da sociedade. Para tanto, foram utilizadas para a feitura deste trabalho pesquisas bibliográficas.

2 | PERCURSO METODOLÓGICO

O presente estudo consiste em uma pesquisa bibliográfica sobre a posição do pobre na sociedade brasileira atual. Para tanto, utilizou-se de livros e artigos encontrados na rede mundial de computadores.

Ademais, o trabalho resultou do embate de ponto de vista dos autores lastreados por bibliografias sobre o assunto o que possibilitou traçar as bases do conceito de pobreza e a criminalização dos movimentos sociais meios de conquistas de direitos dos menos afortunados.

3 | CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

Não obstante a coexistência de diversas normas que assegurem direitos e garantias fundamentais, pautadas na Dignidade da Pessoa Humana, como a Constituição “Cidadã”, é imperioso salutar que as normas penais que refletem o poder-dever de punir do Estado e que são os instrumentos que restringem as garantias fundamentais, por sua vez, configuram-se como mecanismos legitimadores de irrestritos abusos e violações ao princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana.

Além disso, ressalta-se que as normas penais e processuais penais disciplinadoras do poder-dever de punir do Estado foram insculpidas no regime ditatorial da Era Vargas, de cunho fascista, e com isso, apesar de terem sofrido algumas alterações, foram

recepcionadas pela Constituição Cidadã.

Ademais, desde a implementação dos códigos penais brasileiros, é visível a cultura punitivista que permeia o sistema jurídico brasileiro a qual se destaca pelo inchaço legislativo que tenta tipificar o maior número de condutas reprováveis socialmente. Além disso, é notório que essa “cultura” é direcionada a determinadas camadas da sociedade, a saber, a camada pobre, que por sua vez, é histórica e socialmente marginalizada.

Nesse cenário, percebe-se nítida diferenciação do modo de punir os crimes contra a ordem tributária e os de furto por exemplo. Em que pese não haver o emprego de violência ou grave ameaça em ambos os crimes e o bem juridicamente protegido dos dois ser o patrimônio, no primeiro, em que o sujeito ativo, via de regra, é uma pessoa de posses, a entrega dos valores devidos a fazenda gera extinção da punibilidade, enquanto no caso do furto não há esse benefício ao réu.

Ademais, em razão da posição social do sujeito ativo dos crimes contra a ordem tributária Miranda (2008, p. 40) enxerga dois obstáculos para o exercício da punitividade pelo sistema penal, quais sejam:

A primeira é a dificuldade de interrogar um suspeito que não se encaixa no que se costuma chamar de “tipo-padrão”, ou seja, a pessoa que, por seus atributos físicos (cor ou gênero) ou sociais (classe ou religião), não aparenta ser um criminoso – ao contrário, poderia ser considerado como alguém acima de qualquer suspeita. A outra dificuldade decorre da possibilidade de diferentes pressões às quais estaria submetido o julgador. Destaca-se que essas pressões podem ser tanto da ordem econômica – presentes e propinas – quanto afetiva – julgar um amigo, um parente, um conhecido.

Dessa forma, é nítido que a figura do criminoso tem sexo, cor e classe social bem definidos e aqueles sujeitos que, mesmo cometendo ilícitos penais, não se enquadrarem nessas características serão tratados pela sociedade com leniência.

Interessante destacar que DA SILVA (2015) ao analisar o perfil da população encarcerada constata que essa é majoritariamente do sexo masculino, com idade entre 18 a 29 anos, com baixo grau de escolaridade e negra o que demonstra a seletividade do sistema penal brasileiro.

Assim, infere-se que, não obstante os fatores sociais, culturais e socioeconômicos, o sistema jurídico penal é responsável por fomentar a constante criminalização da pobreza por meio de sua seletividade, seja penal, processual penal ou ainda racial, tendo em vista o caráter inverso da sociabilidade humana, vez que determinados grupos sociais são constantemente marginalizados e, com isso, sem qualquer perspectiva de ascensão social ou sentimento de pertencimento à sociedade, resultando assim nas inúmeras mazelas sociais, como a mendicância e os altos índices de criminalidade.

Nesse ínterim, em decorrência da seletividade do sistema jurídico penal brasileiro, alguns setores da sociedade são marginalizados e constantemente criminalizados, gerando um verdadeiro Direito Penal do Inimigo, como preceituava Jakobs. Diante disso, IEMIN leciona que:

(...) verifica-se que a principal de todas as características do direito penal do inimigo pregado por Gunther Jakobs, repousa em um ordenamento jurídico voltado para a completa eliminação daqueles eleitos como inimigos, em contraposição ao cidadão comum, em uma verdadeira operação de guerra onde direitos e garantias individuais são relativizados, flexibilizados e até eliminados, buscando-se a punição de uma pessoa (inimigo/autor) e não somente do fato desautorizador da norma.

(...)

A eleição do direito penal como mecanismo de controle social não é e nunca foi uma alternativa à evolução das políticas criminais, entretanto, em busca de um imediatismo que cause (mesmo que falsamente) uma perspectiva de punição ao infrator em uma sociedade já assoberbada da crescente criminalidade anunciada na imprensa midiática, vem sendo utilizada causando séria violação aos direitos humanos. Esta violação perpetrada contra os atuais inimigos do Estado, somente explica-se através do direito penal do inimigo anunciado por Jakobs, para quem, o agente infrator seria um não humano. (IEMIN, 2010, p. online)

Assim, constata-se que a história do Brasil é construída em cima do extermínio do pobre. Nesse sentido, ora de forma explícita, ora velada o menos favorecido é posto à margem da sociedade sob as mais diversas razões.

Ademais, a falsa ideia de igualdade é sempre legitimada e ressaltada pela mídia que, vez por outra, exhibe manchetes de pessoas pobres que conseguem seu 'lugar ao sol'. Contudo, a brutal realidade é que, mesmo com todos os programas sociais, criticados por muitos por ferirem a "livre concorrência", o pobre dificilmente ascende socialmente podendo-se falar, ainda que impropriamente, de pobreza como um estamento.

Nesse cenário, a pobreza, é identificada como o estado em que um indivíduo não auferir renda suficiente para suprir suas necessidades. Assim, inexistindo tal substrato econômico o indivíduo é rapidamente marginalizado sendo identificado pela sociedade como um ser improdutivo ou até mesmo como um inimigo.

Por outro lado, essa exclusão social do pobre traz reflexos consideráveis na seara jurídica, visto que o basilar princípio da presunção de inocência veladamente dá lugar a uma presunção de culpabilidade. Isso se torna cristalino quando se analisa a aplicação do instituto da prisão cautelar pela jurisprudência pátria, considerando que a primordial função da prisão cautelar de garantir o normal seguimento do processo penal é deixada de lado passando a prender-se para controlar o temor social.

Sob o fundamento de assegurar um conceito abstrato de ordem pública, o judiciário, apoiado pela sociedade a qual anseia, a todo custo, sentir-se segura, retira do convívio social o menos favorecido que recebe a pecha de "bandido" antes mesmo de uma sentença com trânsito em julgado. A estigmatização do pobre é, portanto, elemento essencial para a manutenção da sociedade sendo necessária para "a expiação do medo desagregador gerado pela violência" (POMPEU e ROSA, 2015, p.3). Diante disso, A violência, na sociedade do medo, é combatida com a destruição dos símbolos que a representam.

4 | CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

O sistema penal brasileiro sempre esteve ligado à dinâmica política e econômica da época, e no atual contexto ele tornou-se, por vezes, refém da conjuntura capitalista neoliberal vigente que dissolve valores imensuráveis, valores estes que embasam a noção de dignidade da pessoa humana, ao marginalizar o indivíduo que não tem valor de uso, que não consome e portanto não tem espaço na sociedade.

Dessa forma, o caráter excludente do quadro em que se situam grande parte dos brasileiros fomentou o surgimento de movimentos sociais em diversas épocas e momentos históricos. Foram inúmeras as vitórias conquistadas por meio de movimentos de massa a exemplo do Diretas Já e o impeachment do presidente Collor de Melo. Desta vez, chamou atenção, os protestos feitos em 2013 por volta do mês de Junho, o chamado “outubro brasileiro”. Designação esta, referente ao despertar para questões políticas e pautas coletivas que impactam o todo da sociedade.

Este foi um movimento atípico, no qual a população passou a se mobilizar usando sobretudo as redes sociais na veiculação de informações entre os protestantes, e esse novo fator presente nas manifestações de 2013 rompeu com a aceitação inquestionada de informações manipuladas pela grande mídia, trazendo portanto autenticidade às informações postadas, motivo pelo qual as manifestações foram aderidas por grande parte da população e em diversos estados do país.

Porquanto, a capacidade de articulação política não é, ou mesmo não deve ser, propriedade de alguns poucos grupos favorecidos. Toda comunidade pode organizar-se de maneira a ter atuação política valendo-se de uma fonte de comunicação “onde sua voz ganhe mais eco, suas reivindicações cheguem muito mais além do que seu - em geral pequeno - território” (MARCONDES FILHO, 1987, p. 161-162). Dessa forma, “essas comunidades podem romper com o gueto a que estão submetidas pelos critérios de marginalização predominantes na sociedade” (MARCONDES FILHO, 1987, p.162).

Em meio a esse contexto de mobilização social, almejando a luta por direitos, ou ainda melhor, a luta contra o poder instituído, e em tempos de opressão ao pobre, criminalização e estigmatização do marginalizado, a ideia de democracia surge mais próxima à de insatisfação do que com a, amplamente defendida pela classe dominante, ideia de manutenção da ordem.

Visto que, os movimentos sociais são a defesa da democracia participativa, pois formam o canal de expressão das classes oprimidas, evidenciando assim, a ruptura com a tradição autoritária de imposição do conjunto de interesses particulares de um grupo.

No entanto, as mobilizações sempre provocaram reações repressivas do Estado, com violenta reação que ultrapassa os limites legais estabelecidos por regimes democráticos. A resposta do sistema penal é incisiva, isso se dá de forma frequente e não raro ocorre violento embate policial frente aos manifestantes, sendo muitos deles presos e tendo sido

instaurado processos criminais contra os mesmos com o objetivo de não só neutralizar os movimentos sociais, mas sobretudo criminalizá-los.

Dessa forma, o direito penal direciona-se a enquadrar os protestos em algum tipo penal, as legislações mais usadas são: Lei de Segurança Nacional nº 7.170/1983 e a Lei de Organização Criminosa nº 12.850/2013. Enquadrar militantes democráticos com base em lei que contém resquícios ditatoriais ou como criminosos evidencia claramente a intenção de se criminalizar as lutas populares.

A finalidade da atividade punitiva ao criminalizar os movimentos sociais é, sobretudo, uma opção política para favorecer a manutenção da Ordem. Com isso, o direito penal torna-se um eficiente instrumento de contenção das demandas populares, evidenciando assim, a face do sistema penal que ainda é intimamente ligada ao autoritarismo anteriormente vigente no Brasil, na qual a busca por direitos é vista como questão de polícia.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a atual conjuntura de criminalização dos movimentos sociais está intimamente ligada ao esfacelamento dos pressupostos democráticos e demonstra, portanto, o autoritarismo que ainda faz parte do Estado e do Direito.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em toda a história da humanidade sempre existiram distintas classes que compunham a sociedade havendo predominância de umas sobre as outras, o que faz pensar que a ideia de uma sociedade igualitária é uma utopia inalcançável. Na sociedade atual o pobre é oprimido por vários meios econômico-sociais e todas as maneiras de sua ascensão tendem a ser criminalizadas ou dificultadas pelo preconceito e exclusão social.

A situação do pobre tende a melhorar em sociedades que tendem a não criminalizar os movimentos sociais, únicos meios de reivindicação de direitos e participação político-social. Dessa forma, torna-se premente a constituição de um sistema penal que transgrida com o autoritarismo ainda vigente no Estado e no Direito, que por vezes se mostra empenhado em criminalizar os movimentos sociais e institucionalizar a violência estrutural.

REFERÊNCIAS

DA SILVA, Raíssa Zago Leite. **Labelling Approach: O Etiquetamento Social Relacionado à Seletividade do Sistema Penal e Ao Ciclo da Criminalização**. Revista liberdades. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 18, p.106, 2015. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=225>. Acesso em: 30 abr. 2020

GROSNER. Marina Quezado. **A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: O Tratamento da Criminalização Secundária por Decisões em Habeas Corpus**. São Paulo: IBCCRIM, 2008. 151p. ISBN 978-85-99216-10-1 (Monografias ; 45)

IEMIN, Matheus Magnus Santos. **DIREITO PENAL DO INIMIGO - Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/direito-penal-do-inimigo-sua-expansao-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

MARCONDES FILHO, Ciro. **Quem manipula quem?** Petrópolis: Vozes, 1987.

MIRANDA, A. P. M. DE. A criminalização da sonegação fiscal e das fraudes no Brasil. **Revista da SJRJ**, v. 15, n. 22, p. 35–59, 2008.

POMPEU, Júlio César ; ROSA, E. M. . **Imaginando bandidos: juristas e representações sociais de criminosos**. Revista Brasileira de Ciências Criminas , v. 113, p. 113, 2015.

POPULISMO PENAL MIDIÁTICO: A EXPLORAÇÃO COMERCIAL E POLÍTICA DO CRIME

Data de aceite: 03/08/2020

Paulo Thiago Fernandes Dias

Doutorando em Direito Público pela UNISINOS
<http://lattes.cnpq.br/4247353234663822>

Dara Sousa Santos

Bacharela em Direito pelo Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão (IESMA/ UNISULMA)
<http://lattes.cnpq.br/0732145388690343>

Khayam Ramalho da Silva Sousa

Pós-graduando em Ciências Criminais pela Faculdade União das Américas (UNIAMÉRICA)
<http://lattes.cnpq.br/8335390975231363>

RESUMO: Trata-se de artigo científico dedicado ao estudo da relação estreita entre a exploração midiática de fatos penais e a ampliação do Sistema Penal. A metodologia utilizada consiste na abordagem descritiva e exploratória, baseado em pesquisa bibliográfica, para lastrear toda a compreensão sobre o tema. Recorreu-se a referenciais teóricos de cariz sociológico, especialmente no que tange à Criminologia Midiática. Ademais, discute-se a própria relação de consumo estabelecida entre os detentores dos principais veículos de mídia, o crime, enquanto produto, e a população, na condição de consumidora de violência ou de

notícia-crime. Observou-se que quanto mais se intensifica uma cobertura midiática sobre determinado caso potencialmente criminoso ou não, representantes dos setores estatais legislativo e judiciário se esforçam para, apressada e punitivamente, responder ao apelo público.

PALAVRAS-CHAVE: Mídia. Populismo Penal Midiático, Controle Criminal, Punitivismo.

CRIMINAL CRIMINAL POPULISM: THE RECRUITMENT OF PUNITIVISM IN BRAZIL

ABSTRACT: This is a scientific article dedicated to the study of the close relationship between the media exploitation of criminal facts and the expansion of the penal system. The methodology used consists of a descriptive and exploratory approach, based on bibliographic research, to support all the understanding on the subject. It was resorted to theoretical references of sociological nature, especially with regard to Media Criminology. Moreover, the very relationship of consumption established between the holders of the main media vehicles, crime as a product, and the population, as a consumer of violence or news-crime, is discussed. It was observed that the more media coverage on a potentially criminal or non-criminal case is

intensified, the representatives of the state legislative and judiciary sectors strive to quickly and punitively respond to the public appeal.

KEYWORDS: Media, Criminal Populism Media, Criminal Control, Punitivism.

1 | INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como objeto o estudo da influência que a cobertura midiática de casos criminais possui com os apelos por mais tipos penais, agravamentos de penas e redução de garantias penais, repercutindo no recrudescimento do punitivismo, uma marca da tradição jurídico-penal brasileira.

Desde os tempos antigos, as sociedades manifestavam considerável interesse pela solução de casos tidos como intoleráveis, com destaque, a depender da quadra histórica e da localidade, para os feitos de natureza penal.

No começo da evolução humana, abordava-se a delinquência de diferentes maneiras. Na civilização romana, foram criadas as penas-espetáculos. Estas vinham com a introdução do indiciado em recintos repletos de animais selvagens ou, ainda, em uma cruel batalha corporal, das quais raríssimos permaneciam vivos. Tais rituais eram contemplados pela população romana (BITENCOURT, 2009).

Com a queda da civilização romana e, por conseguinte, a chegada da Idade Média, o interesse da população pela punição de condenados continuou. Nesse tempo, as punições eram realizadas com fogueiras típicas da inquisição, que aglomerava ao seu redor inúmeros expectadores (BITENCOURT, 2009, p. 30).

Destaca-se que “[...], aquilo que designamos meios de comunicação de massa tem origem no mesmo período histórico em que a prisão se afirmou como instrumento de controle” (GOMES, 2015, p. 9). Refere-se, assim, ao século XV, quando a pena de prisão deixou de ser mera cautela e também Guttenberg elaborou a tecnologia de repetição de textos, permitindo a circulação dos jornais impressos (GOMES, 2015).

O tema a ser apresentado tem como objetivo expor o populismo midiático e o recrudescimento do punitivismo no Brasil, demonstrando a influência causada pela exploração política e comercial do crime nos setores estatais competentes para a produção de atos normativos e para a tomada de decisões judiciais. Em suma, esta investigação aborda a interação entre os sistemas punitivo e comunicacional, a fim de verificar a relação intrínseca estabelecida, inclusive historicamente, entre eles.

Significa dizer, estuda-se a comercialização do crime, enquanto produto a ser consumido pela massa e, também, a maneira como a exploração midiática desse produto (delito) gera demandas políticas por mais criminalizações, limitações de direitos e punições. Trata-se de uma relação mercadológica e política, conforme se depreende da pesquisa de Gomes (2015, p. 9):

O crime-notícia e o crime-espetáculo transformaram-se em dentes de uma engrenagem

que move o mercado da informação – onde o lucro é a meta – e que reforçam a influência dos *mass media* sobre as agências de controle penal (criminalização primária e secundária).

O contexto social da maioria dos países evoluiu para uma nova era, conhecida como a da informação, definida como “[...] substituto para o complexo conceito de ‘sociedade pós-industrial’ e como forma de transmitir o conteúdo específico do ‘novo paradigma técnico-econômico’” (WERTHEIN, 2000, p. 71). Assim, a mídia ganha um espaço outrora não vivenciado, atraindo os enfoques de todos os assuntos que ganham repercussão entre os grupos culturais. Informação essa que circula em escala global e quase que simultaneamente, haja vista a cada vez maior utilização, sem filtro, da tecnologia e da internet pelas pessoas.

A princípio, a mídia atuava em questões meramente informativas, abordando os acontecimentos que percorriam no dia-a-dia. A reprodução das notícias percorria a essência midiática, por tantas vezes, em tempo real era impossível acompanhar o que ocorria.

Em contrapartida, a imprensa atua como interventora, muitas vezes manipulando as informações do universo criminal. Assim, o punitivista discurso midiático explora uma necessidade na aplicação de uma rigidez, fazendo importar a ideologia de um sistema penal falho e incapaz de produzir êxito.

Para fins didáticos, esta pesquisa promoverá a distinção que parte da doutrina tece sobre imprensa e mídia, mas utilizará a última como gênero do qual a primeira é espécie. Mídia, portanto, será trabalhada como *mass media*.

O expressionismo do populismo penal midiático consiste, sobretudo, em provocar uma falsa ideia de imprecisão na aplicação de penas e controle criminal, sendo necessário uma revisão das normas que conduzem a segurança estatal.

2 | DA MÍDIA

Existem diversas maneiras de propagar ideias e informações, sejam essas informações boas ou ruins, podendo-se mencionar a *internet*, o rádio, a televisão, os jornais impressos, os programas de celular, as revistas, entre outros. Esses meios de comunicação influenciam no dia a dia da sociedade, trazendo a compreensão e a construção da realidade, e o fazem através da transmissão de opiniões e acontecimentos.

Sobre o conceito de mídia, de acordo com Almeida (2007, p. 12), pode ser escrita como: “o conjunto das diferentes empresas de comunicação: emissoras de rádio, televisão, portais da internet, cinema, revistas e jornais impressos em seus diferentes ramos, como jornalismo, entretenimento e publicidade”.

O conceito de mídia elaborado pelo citado autor, trata-se certamente dos tipos de comunicação que a sociedade pode usufruir, tendo em vista essas modalidades, destaca-

se o entretenimento e a publicidade. Juntamente com a mídia, a imprensa é de grande importância para a sociedade, inclusive no processo democrático, quando parte da divulgação de informações para a população. Acerca deste assunto, corrobora Souza (2010, p. 26):

A invenção dos canais técnicos de difusão e transmissão de mensagens – los-mas-media- origina um novo tipo de instituição social com funções também novas, ou seja, de estruturar e reestruturar por meio de um ritual midiático os aparentes símbolos de comportamento social, mediante uma interação constante com a opinião pública.

Ainda, segundo o Dicionário Júnior da Língua Portuguesa (2005, p. 408), a palavra mídia significa: “1- todo o suporte de informações (rádio, televisão, imprensa, publicação na internet, videograma, satélite de comunicação etc.); 2- Conjunto de meios de comunicação social”.

Conforme Sousa (2004 apud MIRANDA, 2007), as pessoas sempre possuíram a necessidade de procurar formas para comunicar aos seus semelhantes suas descobertas e as histórias que seriam relevantes para seu conhecimento. Sempre havia a necessidade de transmissão de cultura aos seus descendentes.

A escrita terminou influenciando bastante para o desenvolver dessas descobertas, além de desencadear maior transmissão de histórias a todos, que seriam repassadas aos descendentes. Sousa (2004 apud MIRANDA, 2007) afirma que os iniciadores no campo da imprensa foram os gregos, com os Efemérides, e os antigos romanos, com os Actas. O autor enfatiza ainda que a produção de livros, jornais e revistas, transformou a civilização e moldou a esfera pública moderna, modificando a cultura. A Revolução Gloriosa e a Revolução Francesa devem muito à imprensa. A Revolução Industrial utilizou-se bastante desta para a divulgação de produtos e serviços.

No Brasil, o surgimento da imprensa ocorreu com a chegada da corte portuguesa, em setembro de 1808, no Rio de Janeiro, com a abolição da censura Régia. Em São Paulo, 1894, foi fundado o jornal a Tribuna de Santos, que inicialmente circulava duas vezes por semana. Somente em 1896 passou a ser diário, até os dias de hoje. O jornal passou por diversas fases, dentre elas: monarquista, populista, moderna etc. E com o passar do tempo, a imprensa foi se desenvolvendo bastante (SOUSA, 2004 apud MIRANDA, 2007).

Precisamente em alusão à televisão, e à concorrência que essa plataforma trava com outros tipos de mídia para a obtenção do denominado furo jornalístico, Bourdieu (97, p. 38-41) assevera que esse processo concorrencial leva à pressão, que, a sua vez, gera a pressa/urgência na divulgação da notícia, limitando ou impossibilitando a capacidade da audiência de refletir acerca do que vê, lê e ouve. Assim, o público perde a condição de ser pensante e se torna, conforme Bourdieu (1997) uma espécie de *fast-thinker*.

Nesse contexto trabalhado por Bourdieu (1997), em que a velocidade da notícia compromete a reflexão sobre a informação, no âmbito do noticiário policiaisco, verifica-se que o crime-notícia-produto se aproxima de uma espécie de *fast-food* cultural. Uma

tática perfeita para gerar comoção e impacto na sociedade apressada, sem tempo para refletir, porém ávida consumidora de notícia-crime-produto.

Porém, nada se compara com o desenvolvimento da *internet*. Os jornais tiveram que se adaptar a essa nova realidade e velocidade de informações. Atualmente os jornais continuam anunciando suas matérias normalmente, todavia quase sempre expondo seus conteúdos também na internet (MIRANDA, 2007).

Dessa forma, a internet transformou-se em uma ferramenta de extrema importância para reunir o rádio, televisão e jornal em um só ambiente. Tem-se usado bastante *softwares* de comunicação, ou seja, aplicativos utilizados para trocas de textos instantaneamente, além de vídeos, áudios, fotos, através de conexão da *internet*. E o principal meio de acesso a essas informações é através dos celulares. A vista disso, depreende-se que os meios de comunicação têm atuado de forma cada vez mais veloz quanto ao jogo de informações. Um crime cometido em qualquer lugar do país pode ser visto por todos que têm acesso a esses aplicativos, sem comentar que ainda podem ser anunciados em programas de televisão, jornais e rádio.

Além disso, a difusão da notícia é tamanha que, em razão da pressão, pouco tempo sobra para o consumidor da notícia-crime verificar, inclusive, a veracidade da fonte. Ele, o consumidor, precisa expressar, em regra nas redes sociais, a sua repulsa ao que acaba de consumir. Com isso, grupos homogêneos são formados em torno do compartilhamento de determinadas compreensões sobre fatos penais, dos quais pensam conhecer. É a mobilização mediante a superficialidade/instantaneidade/manipulação da notícia-crime-produto (WOJCIECHOWSKI, 2015).

Compreende-se então que a mídia se tornou instrumento indispensável à sociedade, devido às suas inúmeras facetas disponibilizadas a todos. E desde já se prevê que ela é capaz de fazer com que a comunicação atinja um maior número de pessoas. No entanto, quando se relaciona a mídia e o julgamento dos crimes, esse instrumento termina influenciando a sociedade, que vê, através dela, a temática sendo debatida na rede social, nas ruas, terminando por pensar conhecer a verdade dos fatos. Essa sociedade, através da mídia, já condena o réu.

No que diz respeito ao sistema penal, a influência midiática reforça seu caráter repressivo ao replicar o discurso do castigo e da exclusão do inimigo (criminoso), aproveitando-se dos dividendos mercantis que o crime-notícia proporciona. Em termos político-criminais, é quase como transformar os meios de comunicação em um supraparlamento, uma suprapólicia e um suprapaiuiz (GOMES, 2015, p. 14).

Ademais, consoante informações atribuídas no decorrer do dia, essas informações vêm tornando-se essenciais para a sociedade manter-se informada do que está acontecendo em seu entorno, fazendo com que a mídia seja de grande importância para a convivência brasileira. A mídia e a imprensa basicamente andam juntas, porém, a imprensa está interligada ao fato de ser uma condução no qual se espalham as informações, agindo,

em diversas ocasiões, de uma forma a influenciar as decisões da população (SOUZA, 2010, p. 89).

Por outro lado, existem meios de comunicação que são utilizados de forma errada pela mídia: a televisão, internet, entre outras, que acaba prejudicando diretamente certas pessoas, que, por diversas vezes, usam os programas para exibir dramas pessoais da população, ocasionando evidente sensacionalismo.

2.1 A influência da mídia frente à sociedade

Com o decorrer dos anos, a mídia passou por diversos estágios de crescimento, que sempre estiveram diretamente relacionados com o desenvolvimento das economias e sociedades à sua volta. Com isso, os livros, jornais e revistas transformaram a seu modo a civilização, moldaram a esfera pública, e conseqüentemente modificaram a cultura. Um dos motivos determinantes que contribuíram diretamente nas grandes mudanças políticas e sociais da humanidade foi a da Revolução Francesa, entre outros (MIRANDA, 2007).

A mente humana sempre se relacionou com os nossos comportamentos. Desde os tempos primórdios, várias instituições que detinham o poder utilizaram-se da mídia como alvo de investimento do poder disciplinar, com a finalidade de manipular o homem.

Atualmente, pode-se também perceber esse processo. Ela – a mídia – surge como um fenômeno que invade a todos, de forma dominante, estabelecendo formas e normas sociais, fazendo muitas pessoas enxergarem o mundo por suas lentes. Vem sendo utilizada como instrumento de manipulação a serviço de interesses particulares, reordena ideias, noções, faz brotar novos modos de subjetividade, o que pode ser vantajoso ou não, tanto em aspectos individuais quanto no aspecto social. Ela vem gerando mudanças de atitudes e comportamentos, substituindo valores e verdades, modificando e influenciando contextos sociais (SILVA; SANTOS, 2004).

Os meios de comunicação são armas poderosas verticais e concentradas nas mãos daqueles que controlam o fluxo de informações, “os detentores do saber”. Podem ser reconhecidos também como agentes formadores de opiniões e criadores-reprodutores de culturas, uma vez que interferem, formam e transformam a realidade, bem como os modos de pensar e de agir do homem. A mídia é considerada o Quarto Poder, isto é, o quarto segmento econômico do mundo, sendo a maior fonte de informação e entretenimento que a população possui. Ela é uma espécie de controle social, que valoriza o processo de massificação da sociedade, resultando num contingente de pessoas que caminham sem opinião própria (SILVA; SANTOS, 2004).

2.2 O Poder midiático na esfera do Sistema Penal

O sistema jurídico brasileiro é influenciado constantemente pela imprensa e mídia, sobretudo dentro do sistema de processo penal, no qual muitas vezes surgem informações

polêmicas, com opiniões que são transmitidas por todos os meios de comunicação. Contudo, essas opiniões, em diversas ocasiões, acabam por influenciar os julgamentos criminais no Judiciário, sobretudo os feitos de competência do Tribunal do Júri, pois existem um maior empenho da população em matérias quando envolvem esses atos criminosos.

Além disso, por intermédio dessas notas conduzidas pelos meios de comunicação, o desenvolvimento do clamor social e da opinião pública se deparam estreitamente conexos, visto que como acabam por ser divulgados a um mesmo ramo de notícias, criando um acordo único sobre o crime.

Nesse viés, essa interferência midiática dentro do Direito Penal e Processo Penal está cada vez maior, pois os nossos meios de informação utilizam um discurso extremamente punitivista, a qual explora exageradamente um maior rigor penal, isto é, mais repressão, leis penais mais duras, sentenças mais severas e uma execução penal sem benefícios (ALMEIDA; GOMES, 2013).

Nesse diapasão, essa maneira utilizada pela grande mídia como uma forma “infalível” de resolver o problema da criminalidade, é repassado diariamente como um retrato de ideia equivocada da proliferação desenfreada da violência dentro do país, pois através dessas divulgações conseguem-se alimentar a sociedade com um sentimento de vingança e pela ideia de que o cárcere e a pena de morte teriam condições de paralisar a conduta criminosa.

Ademais, essas informações repassadas levam a sociedade à acreditar que não há outra maneira de agir em cima do agressor e que somente através de impor um rigor mais punitivo é a solução de resolver-se os problemas de criminalidade. Vende-se a vingança (exclusão) como remédio para o mal causado pelo criminoso.

Outrossim, essa supervalorização do crime o que é característico do chamado Populismo Penal Midiático procura criar ou ampliar por meio de eficientes técnicas de manipulação a sensação de insegurança e o sentimento de medo nas pessoas comuns (MISSI, 2017).

Não obstante, esse processo de midiática do crime e da violência estimula a prisão não como uma forma de reabilitar, mas sim como meio de vingança perante o delinquente, pois a exploração do produto-crime-notícia procura expressar através do castigo toda a repulsa ocasionada pelo ato praticado.

Dessa maneira, Zaffaroni aponta que:

Los políticos desconcertados Suelen creer que con concesiones a la criminología mediática contienen su embate y cuando se percatan de que eso no lo detiene sino que lo potencia, aumenta su desconcierto. Ignoran que la criminología mediática no tiene límites, va en un crescendo infinito y acaba reclamando lo inadmisibles: pena de muerte, expulsión de todos los inmigrantes, demolición de los barrios precarios, desplazamientos de población, castración de los violadores, legalización de la tortura, reducción de la obra pública a la construcción de cárceles, supresión de todas las garantías penales y procesales, destitución de los jueces, etcétera (2011, p. 403).

Constrói-se, por conseguinte, uma realidade paralela à qual é dado maior ênfase ao

delito praticado, isto é, à expansão do poder punitivo junto ao apoio popular objetivando propagar a construção de mais presídios, aumentar o contingente policial, mais poder a polícia, mais vigilância de toda a população, mais controle, dentre outros fatores.

3 | POPULISMO PENAL E PUNITIVISMO

Conforme já exposto, o populismo penal é um discurso e, ao mesmo tempo, uma prática punitiva, método, procedimento ou um movimento de política criminal paralelo com características próprias (FERRAJOLI, 2012, p. 57).

Da sua parte, Zaffaroni (2007, p. 131) considera que o termo popularismo é o mais adequado, haja vista que se está diante de uma versão atualizada, remodelada do autoritarismo fundante dos sistemas de justiça da América Latina.

Infelizmente, na atualidade o Direito Penal vem sendo tratado e visto pela população como um diploma emergencial, isto é, como uma válvula de escape do governo para tudo aquilo que não conseguem resolver com as políticas públicas.

Essas plataformas políticas e eleitoreiras forjadas ao fogo de leis penais abusivas e bizarras, usam-se de um país assolado progressivamente pela criminalidade para lançar “soluções” que visem resolver os fatos geradores sociais. No entanto, ao promoverem discursos, com temas como, por exemplo, maioria penal, corrupção, pedofilia, entre outros, o pensamento que quer incutir-se na mente da sociedade é que a única fórmula para se combater o crescente índice de criminalidade é através de leis penais mais rígidas.

Nesse contexto, essa ilusão equivocada sobre o direito penal implantada na mente da sociedade é de inteira responsabilidade do Poder Legislativo deste país, que diga-se de passagem tem feito um uso miserável dessa respeitável ciência do direito. Ademais, essa invocação do direito penal deve ser feita consoante prescrição de um remédio no intuito de combater uma determinada doença, ou seja, o uso descontrolado e indiscriminado além de não resolver o problema, traz sérias consequências a doença.

Nesta linha de pensamento, assim explicou o professor Greco, ao afirmar que “existe um sentimento natural do homem, ao nosso sentir plenamente egotista, preconceituoso e vingativo, de somente invocar o direito penal máximo ou direito penal do inimigo para o outro, nunca para si.”

No final dos anos de 1970, políticos, jornalistas e acadêmicos norte-americanos, irresponsavelmente criaram o movimento pela lei e pela ordem, a qual espalhou-se como uma praga pela Europa e Américas (BEST, 2001).

Desde então, anualmente políticos do mundo inteiro dirigiam aos Estados Unidos para conhecer tal roteiro. Aprendem inicialmente, que os cidadãos já não interessam mais pela política, justamente pelo fato desta haver se tornado irrelevante e não conseguir resolver os problemas destes, e que levantar a bandeira a fim de tratar o crime com mais dureza é a excelente saída para os políticos conseguirem popularidade.

Essa retórica e ordem, inclui algumas estratégias, quais sejam: desmoralizar o sistema criminal, qualificando-o como fraco e lerdo, e, inclusive, retirar do mesmo a possibilidade de opinar sobre as estratégias de prevenção e combate ao crime. Além disso, essa ideia de aparecer junto às vítimas e estimular as reações de revanche e vingança, bem como dividir a população entre os cidadãos de bem e os crápulas fazem parte de todo o processo de recrudescimento do roteiro proposto.

O estabelecimento do populismo penal no Brasil, e suas principais medidas em direção a uma política de lei e ordem (populismo penal, portanto), são frutos do período de democratização, após a Constituição de 1988 (GAZOTO, 2010).

O populismo penal é uma realidade no Brasil, mesmo com características próprias, no entanto com funcionamento a qual difere em relação à Europa Ocidental e os Estados Unidos, originários de tal movimento. Assim, essa interferência no funcionamento das instituições democráticas e nos direitos civis e políticos dos brasileiros refletem uma resistências para efetivação do populismo penal existem, mas enfraquecidas pela aliança entre políticos, mídia e vítimas.

Nesse contexto, desde a promulgação da Constituição de 1988 permite-se afirmar que a democracia brasileira talvez enfrente sua pior crise, devido ao estado de incerteza e insegurança causado pelo atual cenário político, econômico e social.

Com estatísticas criminais cada vez mais assustadoras, os discursos de ódio e os clamores punitivistas vêm ganhando força e conquistando audiência e adeptos, os quais disseminam opiniões prontas e infensas a qualquer reflexão crítica. Mais. Essa comentada compulsão social por mais tipos penais e mais punições repercute na atuação dos setores políticos da República, reféns que são da opinião pública (ou publicada?):

Los políticos atemorizados u oportunistas que se suman o someten a la criminología mediática aprueban esas leyes disparatadas y afirman que de ese modo envían mensajes a la sociedad, confundiendo la ley penal con internet. Por supuesto que estas leyes no tienen ninguna incidencia sobre la frecuencia criminal en la sociedad, aunque conforme a su identificación mágica de la imagen con el objeto, la criminología mediática considera que aumenta la seguridad (ZAFFARONI, 2011, p. 380).

Os clamores sociais são norteados para o agigantamento do Sistema Penal e para a criminalização de atos que o Direito Penal não deveria abarcar, conforme explica Dantas (2017, p. 12):

“[...] tal como a hombridade de um indivíduo, como exemplo, requerer que seja elaborada uma lei a fim de assegurar que concursos de beleza sejam realizados de forma proba e tenham como resultado apenas por mérito das pessoas candidatas ao título”.

Nessa esteira, à medida que o Direito Penal avança fica explícito que leis penais mais severas não são capazes de solucionar o problema da crescente criminalidade, contudo, a ideia de abarcar todos os menores problemas que foi dada ao Direito penal é falsa, tornando-a inútil.

Nesses termos, para todo ato considerado novo cria-se uma nova lei, vemos assim

os então chamados “crimes plásticos”, como por exemplo os tipificados nos artigos 154-A e 266, 298, parágrafo único (falsificação de cartão), incluídos pela lei nº 12.737/2012, que foi elaborada em decorrência de atos cometidos contra a atriz Carolina Dieckmann, no ano de 2012.

Torna-se óbvia a intenção educacional do Direito Penal no Estado brasileiro. Algumas tipificações e agravamento de penas são decorrentes da falta de educação social, que caso houvesse, sequer existiria a necessidade de tipificação da conduta (DANTAS, 2017, p. 13).

Desse modo, a função do Direito Penal não é educar, no entanto é esta a postura que se vê dentro do Ordenamento Jurídico Pátrio. Caminhando na contramão do lecionado por Beccaria (2013, p. 87/89), pois vem-se aumentando os tipos penais no Brasil e agravando as penas, e a sociedade perdendo educação de valores e instrutiva, uma vez que as penalidades estão servindo apenas como medida de controle social.

Assim, em todos os aspectos, quanto mais educada for a sociedade, e maior intimidade e cooperação existir entre seus membros, faz-se necessária uma menor atuação do Direito Penal.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando o que foi estudado, pode-se perceber que o poder da mídia no desenvolvimento da opinião pública pode, por diversas ocasiões, influenciar os julgamentos criminais, pois se gera maior empenho da população em matérias quando envolve atos criminosos, e por meio disso, essas notas são conduzidas pelos meios de comunicação. O desenvolvimento do clamor social e da opinião pública se mostra estreitamente conexo, visto que como acabam por ser divulgados a um mesmo ramo de notícias, criam um acordo único sobre o crime.

Apesar disso, se for realizado de maneira irresponsável e parcial, pode acabar elaborando um julgamento de valor comum sobre os suspeitos e das circunstâncias, que têm sua dignidade arrasada, assim como a vida de seus familiares e sua vida privada divulgadas. Há ainda o agravante de que com o processo por agilidade na transmissão de informações, diversas vezes, não tem tempo apto para uma melhor investigação sobre essas veracidades.

A mídia capta um fortíssimo poder de persuasão e de desenvolvimento de opinião pública, pois, tais direitos como a honra, a intimidade, a imagem do indivíduo e, sobretudo, seu presumido estado de inocência, o qual é assegurado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, é desamparando por uma verdadeira condenação prematura do indivíduo, desobedecendo as normas processuais e expondo-o a circunstância vexatória e humilhante sem que sequer consiga se defender.

Por outro lado, a desestruturação do Estado, a falta de educação ética e moral da

população e a modernidade, segundo a qual afasta o convívio das pessoas, inexistindo intimidade e ciência sobre o próximo, faz parecer que o direito penal tem vivido um recrudescimento o qual vai de encontro a qualquer processo de redemocratização.

Nesse cenário, é preciso uma mudança da mentalidade punitiva, o reconhecimento da falência do modelo desse encarceramento em massa, visando a compreensão que uma justiça meramente retributiva ignora as desigualdades presentes nessa sociedade herdeira do escravismo e não trará qualquer benefício para a população.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Judson Pereira de. **Os meios de comunicação de massa e o Direito Penal: a influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal**. Vitória da Conquista – BA. 2007. Monografia Científica em Direito na FAINOR - Faculdade Independente do Nordeste, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, **Dos delitos e das penas**; Tradução J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 6 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BRASIL. **Constituição Federal, 1988**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011, 103p.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2007.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORRÊA, Fabrício da Mata. **Populismo Penal**, 2012. Disponível em: <https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941325/populismo-penal>. Acesso em: 18 de setembro de 2019.

COSTA, Domingos Barroso da. **O fetiche punitivista e o colapso do Estado de Direito**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-02/tribuna-defensoria-fetiche-punitivista-colapso-estado-direito>. Acesso em: 26 de setembro de 2019.

COSTA, Domingos Barroso da. **A crise do supereu e o caráter criminógeno da sociedade de consumo**. Curitiba: Juruá, 2009.

COSTA, Rafaella Braga Vasconcelos. FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. **Punitivismo e alternativas penais: o sistema penal brasileiro vai de encontro ao processo de redemocratização?** Disponível em: Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas - Universidade Federal da Paraíba Nº 01 - Ano 2015. Acesso em: 26 de setembro de 2019.

DANTAS, Kelly Marlyn Colaço. **O retorno do Punitivismo Penal**. 2017. Disponível em: http://www.cedipe.com.br/3cbpj/docs/artigos_pdf/05_retorno_punitivismo_penal.pdf. Acesso em: 26 de setembro de 2019.

GAIO, André Moysés. **O populismo punitivo no Brasil**. Universidade Federal de Juiz de Fora. CS Online – Revista Eletrônica de Ciências Sociais, ano 5, ed. 12, abr./jul. 2011.

GARLAND, David. **A Cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2008.

GAZOTO, Luis Wanderley. **Justificativas do congresso Nacional Brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo**. Tese de Doutorado. Departamento de Sociologia, UNB, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. **Populismo penal midiático caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

GOMES, Marcus Alan. **Mídia e sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MATTOS, Geraldo. **Dicionário Júnior da Língua Portuguesa**. 3. ed., São Paulo, FTD, 2005.

MIRANDA, Gustavo Lima de. **A história da evolução da mídia no Brasil e no mundo**. 2007. 43 fl. Monografia (Bacharel em Comunicação Social) - Faculdade de Ciências Sociais Aplicada. Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/1265/2/20266495.pdf>>. Acesso em: 25 setembro 2019.

MISSI, Felipe Haigert. **Populismo Penal Midiático e sua forma vingativa de punir**, 2017. Disponível: <http://www.justificando.com/2017/02/21/o-populismo-penal-midiatico-e-sua-forma-vingativa-de-punir/>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

SOUZA, Artur César de, **A decisão do juiz e a influência da mídia** / São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA, Regiane Aparecida de. **A influência da mídia nas decisões do tribunal do júri**. 2017. 45 fl. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade FIBRA. Anápolis, 53 Goiás. Disponível em: <<http://fibra.edu.br/wp-content/uploads/2017/08/TCC-Regiane-Aparecida-de-Souza.pdf>>. Acesso em: 25 setembro 2019.

WERTHEIN, Jorge. **A sociedade da informação e seus desafios**. *Ci. Inf.* Brasília: v. 29, n. 2, p. 71-77, mai./ago. 2000.

WOJCIECHOWSKI, P. B. **A fábrica midiática de inimigos e o risco à democracia. Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 49-65, jan.-jun. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La palabra de los muertos**: Conferencias de criminologia cautelar - 1ª ed. - Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A esquerda tem medo, não tem política de segurança pública. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, ano 01, n. 01, p. 131-139, 2007.

DIREITO DE VOTAR DO PRESO CONDENADO POR SENTENÇA CRIMINAL: UMA INCONSTITUCIONALIDADE?

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 18/05/2020

Vanessa Serra Carnáuba Feitoza

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
(PUCMINAS)

Lattes:<http://lattes.cnpq.br/1732924439447627>

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
PUC-SP (2012)

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0223032178530323>

RESUMO: O presente estudo visou tratar sobre o direito de votar do preso condenado criminalmente por sentença transitada em julgado, visto estas pessoas serem privadas de exercer o direito do sufrágio universal que consiste na capacidade de eleger e ser eleito, que não pode ser usurpado de ninguém por critérios apenas discriminatórios e antidemocráticos, como qualificações racionais, econômicas, culturais e éticas. Baseado nos textos legais, a cidadania é um dos princípios fundamentais resguardados pela Constituição Federal Brasileira de 1988 no seu art.1º, inciso II, e este qualifica o indivíduo com o reconhecimento como pessoa integrada na vida estatal. Junto a ele, outros princípios estão relacionados

como o da dignidade da pessoa humana, da soberania popular, da representação política e da participação direta. Por meio de pesquisas de cunho fundamentalmente bibliográfico, este projeto buscou inserir o estudo sobre a inconstitucionalidade do art.15, III, da Constituição Federal, no qual está em conflito com princípios/garantias fundamentais tratados no mesmo diploma, visto ser uma afronta ao direito de cidadania, da soberania popular e a participação política. Ao final, estabeleceu um parâmetro geral, no âmbito jurídico e social, demonstrando soluções passíveis de serem debatidas pelos legisladores, a fim de garantir o exercício do direito de votar dos presos que estão no processo de reintegração na sociedade atual, sendo desnecessária a pena da suspensão dos seus direitos políticos.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade, Preso, Voto, Cidadania, Participação Política.

RIGHT TO VOTE OF CONVICTED PRISONER FOR CRIMINAL SENTENCE: AN UNCONSTITUTIONALITY

ABSTRACT: The present study aimed to address the right to vote of the convicted criminal convicted, as these persons are deprived of exercising the right to universal suffrage which

consists of the capacity to elect and be elected, which can not be usurped by anyone for Discriminatory and undemocratic criteria, such as rational, economic, cultural and ethical qualifications. Based on legal texts, citizenship is one of the fundamental principles protected by the Brazilian Federal Constitution of 1988 in its article 1, item II, and this qualifies the individual with the recognition as a person integrated into the state life. Along with it, other principles are related such as the dignity of the human person, popular sovereignty, political representation and direct participation. Through research of a fundamentally bibliographic nature, this project sought to insert the study on the unconstitutionality of art.15, III, of the Federal Constitution, in which it is in conflict with fundamental principles / guarantees treated in the same law, since it is an affront to the right Citizenship, popular sovereignty and political participation. In the end, it established a general legal and social framework, demonstrating solutions that could be debated by legislators, in order to guarantee the exercise of the right to vote of prisoners who are in the process of reintegration in the present society, Suspension of their political rights.

KEYWORDS: Unconstitutionality, Stuck, Vote, Citizenship, Political Participation.

1 | INTRODUÇÃO

Como se sabe, a cidadania é um dos princípios fundamentais resguardados pela Constituição Federal Brasileira de 1988 no seu art.1º, inciso II, e este qualifica o indivíduo com o reconhecimento como pessoa integrada na vida estatal. Junto a ele, outros princípios estão relacionados como o da dignidade da pessoa humana, da soberania popular, da representação política e da participação direta. Este último enfatizado no parágrafo único do mesmo artigo “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Além disso, essa participação no poder é uma característica do Estado Democrático de Direito que fundamenta o regime político brasileiro. A democracia, como preleciona o doutrinador José Afonso da Silva (2014, p.128), “é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”. De certo, sabe – se que esse poder é exercido através do voto e do sufrágio universal, garantindo o exercício da soberania popular conforme o art.14 da Constituição Federal Brasileira.

É notável que dentre todos esses conceitos e princípios fundamentais do Estado Brasileiro, embora a Constituição assegure a igualdade de todos perante a lei no seu art.5º, vê – se que o indivíduo condenado por sentença criminal transitado em julgado, mesmo gozando de capacidade civil e penal, têm seus direitos políticos suspensos, e em consequência, perde - se o direito de votar, com a justificativa que ele não estaria moral ou eticamente capacitado para participar da escolha dos destinos da sociedade brasileira.

O direito do sufrágio universal que consiste na capacidade de eleger e ser eleito, não

pode ser usurpado de ninguém por critérios apenas discriminatórios e antidemocráticos, como qualificações racionais, econômicas, culturais e éticas. Justificar o não exercício do direito de votar, pelo simples fato da pessoa ter cometido um crime, não enseja motivos suficientes para Constituição negar esse direito, até porque o ato ilícito cometido pelo indivíduo nada tem haver com o exercício do direito político.

A Constituição Federal no art.15, inciso III diz expressamente sobre a suspensão dos direitos políticos do preso, não importando em que regime se encontra, seja fechado, semi-aberto ou aberto, porém o sistema político brasileiro tem seus fundamentos na Democracia que está relacionada com o princípio da soberania popular. Sendo assim, passa a surgir o conflito entre artigos da mesma Constituição, trazendo uma instabilidade de opiniões do âmbito judicial, e gerando o debate quanto à constitucionalidade do dispositivo.

Na discussão do tema, Antônio Nunes (2008, p.2) diz “O voto daqueles que se encontram segregados é a única forma que o preso tem de humanizar o cumprimento de sua pena e construir um horizonte de esperança no transcorrer e no findar do cárcere, caso contrário, ficará impossibilitada a ressocialização, esta que seria uma das formas de manutenção da paz social”.

O que vemos hoje na sociedade é um certo preconceito para com os presos, apesar de alguns princípios garantidos a eles, na prática, ocorre um cenário inverso em que sofrem violação da dignidade humana com as condições das prisões, são esquecidos pelo poder público, são os chamados “invisíveis políticos”, pois como o seu voto não é exercido, os políticos deixam em segundo plano a questão de assuntos sobre melhoria do sistema carcerário e direito dos presos.

Vale ressaltar que não é apenas o Brasil que exclui os presos condenados criminalmente de votar, em algumas nações, há essa previsão constitucional. Porém na sua maioria, delegam às leis ordinárias a competência para tratar sobre o assunto, além de existir países que também restringem essa suspensão do direito de acordo com o crime cometido e a punição recebida.

Há muitos debates em relação ao assunto, se seria certo ou não o disposto do art.15, III devido ele ir contra princípios e garantias fundamentais da Constituição, sendo relevante o presente estudo sobre a possibilidade de uma inconstitucionalidade, tanto em caráter comisso como omisso, de dispositivos frente ao direito da cidadania, da soberania popular e a participação política afim de que possa ocorrer o deslinde da importante questão para a sociedade e os jurisdicionados como um todo.

2 | DIREITOS POLÍTICOS

A Constituição Brasileira de 1988 é a principal norma que rege a sociedade, é o parâmetro e o topo da pirâmide de todo o ordenamento jurídico, onde estão contidas as normas fundamentais de organização das pessoas e do país.

Destacando que a Constituição organiza os elementos do Estado, logo no seu Título I, chamado de princípios fundamentais, serão as normas – matrizes de todo o ordenamento brasileiro.

No art.1º do mesmo diploma, a expressão “Estado Democrático de Direito”, na qual visa a garantia do exercício de direitos individuais e sociais, além da instituição dos poderes nas três searas, organizados de forma a que um não avance sobre a função precípua do outro. Como fundamentos desse Estado, cita – se a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

Destacada essa parte introdutória que influencia em diversos aspectos nos direitos políticos, é importante ainda descrever alguns conceitos, como o regime político brasileiro, que atualmente tem fundamento do regime democrático, ou seja, é fundado no princípio da soberania popular, no qual todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, conforme afirma o parágrafo único do artigo 1º da Constituição.

José Afonso da Silva (2014, p.133) destaca dois princípios que dão essência ao conceito da democracia:

A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; (b) a participação direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular, nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação.

Apesar de haver alguns casos de exercício da participação direta do povo no poder (também chamada democracia participativa), o que é mais comum é a participação indireta, ou ainda chamada de democracia representativa, em que o povo, como sendo fonte primária de poder, elegem periodicamente por meio do voto, os representantes políticos que exercerão funções de governo para garantia no bem comum do Estado Brasileiro.

É nesse sentido da democracia representativa que surge o debate sobre os direitos políticos do povo brasileiro em relação ao sistema eleitoral dos representantes de governo.

Esses direitos também figuram como direito humano previsto no artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), no qual trata que todo homem tem o direito de tomar posse do governo de seu país, direta ou por meio de representante escolhidos pelo povo, pela vontade expressa através de eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, voto secreto ou situação equivalente que traduza a liberdade do voto.

Os direitos políticos são um grupo de direitos que regulam a forma de participação popular no governo, estão disciplinados na Constituição Federal nos artigos 14 a 16, e compreendem os institutos relativos ao direito de sufrágio, aos sistemas eleitorais, às hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos e às regras de inelegibilidade.

2.1 Direito político positivo (direito de sufrágio)

O direito de sufrágio se caracteriza tanto pela capacidade eleitoral ativa (direito de votar, capacidade de ser eleitor, alistabilidade) como pela capacidade passiva (direito de ser votado, elegibilidade).

A capacidade eleitoral ativa é realizada por meio do voto, e é no art.14, §1º e §2º da Constituição que estabelecem as condições para esse exercício: nacionalidade brasileira, idade mínima de 16 anos, posse de título de eleitos e não ser conscrito em serviço militar obrigatório.

O alistamento eleitoral, ou seja, o ato de inscrever – se como eleitor pela primeira vez, pode ser obrigatório aos maiores de 18 anos e menores de 70 anos de idade, e facultativo aos maiores de 16 anos e menores de 18 anos de idade, analfabetos e maiores de 70 anos de idade.

A partir do alistamento, o eleitor poderá exercer a sua manifestação de cidadão tendente à escolha de seus representantes através do voto direito, secreto, universal, periódico, livre, personalíssimo e com valor igual para todos.

Vale conceituar características importante do voto: é direito, pois o cidadão vota diretamente no candidato, sem intermediários; é secreto, pois mantém em sigilo o voto do cidadão; é universal, porque não está há condições discriminatórias; é periódico, porque os candidatos tem mandatos por prazo determinados; é livre, pois o cidadão pode escolher entre qualquer candidato, ou optar por anular ou votar em branco; é personalíssimo, porque a votação não pode ser feita por procurador; é igualitário, pois cada cidadão possui um voto, independentemente de qualquer característica.

A capacidade eleitoral passiva é quando há possibilidade de ser votado, deve o candidato preencher todos os requisitos da elegibilidade para o cargo em que vai concorrer, e não deve o mesmo incidir em nenhum dos impedimentos constitucionais previsto do diploma legal. As condições de elegibilidade estão estabelecidas no art.14, §3º da Constituição:

José Afonso da Silva (2014, p.370) reafirma o conceito acima descrito que a elegibilidade numa democracia, deve atender à universalidade, como também o direito de alistar – se eleitor. As limitações não podem prejudicar a livre escolha dos eleitores, mas devem ser consideradas por motivos práticos, sem qualquer intervenção econômica, social e cultural.

2.2 Direitos políticos negativos

Os direitos negativos significam que há certas previsões constitucionais restritivas e impeditivas de exercer o livre direito político, tanto no que se refere a capacidade eleitoral ativa de votar em um candidato, quanto a capacidade eleitoral passiva de eleger - se a um cargo.

As inelegibilidades estão previstas no art.14, §§4º a 8º da Constituição, e consistem nas circunstâncias que impedem o cidadão de realizar o pleno exercício da sua capacidade eleitoral passiva, de eleger – se. Conforme Pedro Lenza (2012, p.1131), este discorre:

Conforme estabelece o art.14, §9º, as inelegibilidades buscam proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Diante dos motivos expostos de impedimentos de determinadas pessoas ao exercício do direito de se eleger, deve – se constar que as inelegibilidades podem ser absolutas, quando o impedimento eleitoral é para qualquer cargo eletivo, e podem ser relativas, quando há impedimento eleitoral para alguns cargos, em função de situações que o cidadão eleitor se encontre.

A privação dos direitos políticos pode ser tanto temporária (suspensão) quanto definitiva (perda) do direito de votar e ser votado. Reafirma José Afonso da Silva (2014, p.385):

O cidadão pode, excepcionalmente, ser privado, definitivamente ou temporariamente, dos direitos políticos, o que importará, como efeito imediato, na perda da cidadania política. Deixa, imediatamente, de ser leitor, se já a era, ou torna – se inalistável como tal, com o que, por consequência, fica privado da elegibilidade e de todos os direitos fundados na qualidade de eleitor.

A perda dos direitos políticos está positivada no Art. 15, I e IV, da Constituição, quais sejam, o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado e recusa de cumprir a obrigação de todos imposta ou prestação alternativa.

Quanto à primeira, como há o cancelamento da naturalização, a pessoa voltará à condição de estrangeiro, não podendo mais se alistar – se como eleitor e nem se eleger – se como candidato. E quanto a segunda, a Constituição estabelece no art.5º, inciso VII, que nenhum indivíduo será privado de seus direitos por motivos religiosos, convicções filosóficas ou políticas, caso as invoque para fugir de obrigação legal imposta a todos ou recusar – se a cumprir pena alternativa, pode ter levar a perda dos seus direitos políticos.

No entanto, a doutrina brasileira ainda destaca que mesmo não estando destacado expressamente no Art.15 da Constituição, também é hipótese de perda dos direitos políticos a perda da nacionalidade brasileira em virtude de aquisição de outra, visto que ter a nacionalidade brasileira, é requisito para o pleno exercício dos direitos políticos, então perdendo a nacionalidade na hipótese no art.12, §4º, II da Constituição, o indivíduo torna – se estrangeiro, e por conseguinte, inalistável.

A suspensão dos direitos políticos está positivada no Art. 15, II, III e V, da Constituição, quais sejam, a incapacidade civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, e improbidade administrativa, nos termos do art.37, §4º.

Quanto à primeira hipótese sobre a incapacidade civil absoluta está equivocada nos

dias atuais, pois houve uma reforma no Código Civil, após a sanção da Lei 13.146/2015 que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em razão desta ter revogado todos os incisos do Art.3º do Código Civil que tinha a seguinte redação: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Também foi alterado o *caput* do comando, passando a estabelecer que «são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos».

Dessa maneira, como não existe mais, no sistema privado brasileiro, pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil, pois os menores não são interditados, sendo dispensável a aplicação do inciso II do art.15, da CF.

Quanto à segunda hipótese, sem dúvida, mais importante para este estudo, está a condenação criminal transitada em julgado, no qual é estabelecido que os presos ficam com os direitos políticos suspensos enquanto durarem os efeitos da condenação, seja aqueles condenados por crimes leves ou graves, ou que tenham regime mais grave ou mais brando.

Quanta a terceira hipótese trata sobre a improbidade administrativa realizada por via judicial, e não apenas por processo administrativo, e gera outros efeitos, como a perda da função pública, indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário.

A perda ou suspensão de direitos políticos geram várias consequências jurídicas, dentre elas, é importante se falar do cancelamento do alistamento e a exclusão do corpo de eleitores, segundo o art.71, II do Código Eleitoral. Segundo José Jairo (2010, p.116) quando cessar o cancelamento, volta-se o exercício do direito político:

A exclusão do corpo de eleitores não é automática, devendo ser observado o procedimento traçado no artigo 77 do Código Eleitoral. Todavia, uma vez cessada a causa do cancelamento, poderá o interessado requerer novamente sua qualificação e inscrição no corpo eleitoral (Código Eleitoral, art.81), recuperando, assim, sua cidadania.

Sobretudo a suspensão dos direitos políticos no caso de condenação criminal, o efeito da exclusão do corpo de eleitores é automática, quando há o trânsito em julgado, o juiz criminal informa o juiz eleitoral sobre a condenação e, conseqüente, suspende-se a capacidade de votar e ser votado.

Vale ressaltar que estão inseridos também na expressão “condenação criminal”, as contravenções penais, ou seja, é irrelevante para suspensão dos direitos políticos o tipo de crime e pena aplicada nesse caso.

3 | DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Os princípios são a base para a elaboração e interpretação das normas no ordenamento brasileiro, sobretudo, no que tange aos assuntos dos direitos políticos.

O princípio da democracia participativa é defendido na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), e por defendido no Brasil, a partir do desenvolvimento da consagração do Estado Democrático de Direito, o que torna indispensável a defesa desse princípio.

Atrelado ao princípio acima, tem-se o da democracia partidária, pois é essencial a existência dos partidos políticos como intermediadores no sistema democrático, eles serão os representantes políticos escolhidos pela vontade geral do povo.

O princípio da cidadania pode apresentar dois sentidos, no sentido amplo, abarcando o conceito de que todos são livres e iguais perante o ordenamento legal, sendo vedada qualquer tipo de discriminação injustificada e, no sentido estrito, a cidadania para o Direito Eleitoral quer dizer a possibilidade de votar e ser votado.

O exercício da cidadania estabelece a compromisso entre os membros civis e os membros do corpo político, o cidadão é uma parte do povo com obrigações e deveres a serem exercidos, assim, os condenados não podem deixar de ser considerados como cidadão, impossibilitando o exercício do poder de voto.

Um dos princípios do direito penal relevante no caso é o princípio da individualização da pena (art.5º, inciso XLVI, da CF), no qual a lei deve regular a pena de acordo com a culpabilidade e os méritos pessoais do acusado, a Constituição Federal ao estabelecer a suspensão dos direitos políticos aos condenados por sentença criminal transitada em julgado, não levou em conta que maioria dos crimes previsto no Código Penal nada tem haver diretamente com o direito de votar do cidadão.

Generalizar esse entendimento para todos os presos é uma afronta a esse princípio da individualização, isto porque, a pena tem seu caráter ressocializador, à medida que apenado progride de regime, o mesmo vai sendo inserido na sociedade novamente, e conseqüentemente, deveria poder realizar o pleno exercício do seu direito de votar, de escolher um representante político, de exercer a sua cidadania, já que está participando da vivência, ainda que com alguns direitos limitados.

O direito de votar exercido pelo direito ao sufrágio universal expressa que todos os cidadãos brasileiros deveriam poder exercer politicamente o seu voto de maneira igualitária por todos, o que não ocorre no caso em questão, tendo em vista que os indivíduos sentenciados são excluídos, indo contra a ideia de democracia instalada no ordenamento brasileiro.

Muitos autores utilizam a expressão “invisíveis políticos” para representar os presos que são esquecidos pelo Estado, no qual não presta um serviço adequado de manutenção do sistema prisional digno às pessoas que se sujeitam a essa situação. Ter

a possibilidade de exercer o direito político de votar, traria mais visibilidade a todas essas pessoas. Reafirma Raissa Ramos e Rhafaela Diogo (2013, p.196):

[...] podemos afirmar, que, ao invés do sistema penitenciário servir à reintegração do preso à sociedade no momento posterior ao seu retorno a mesma, deve-se levar em consideração a manutenção desse vínculo. Efetivamente, por meio do voto, ou seja, pelo exercício maior da soberania popular, o preso estaria defendendo seus direitos, fazendo inclusive, com que os representantes públicos posteriormente eleitos, passem a dar maior importância à situação das penitenciárias.

A ideia de soberania do povo veio crescendo ao longo da história, no qual se deixou de lado o poder político nas mãos do rei, e passou a ser defendido que a vontade popular e o consenso dos indivíduos pudessem exprimir o verdadeiro poder político da sociedade, dando o poder soberano a um representante que garantisse o bem-estar social. Como afirma Nathália Pires (2015, p.25):

A Constituição de 1988 protege a soberania popular prevendo seu exercício por meio do sufrágio universal e do voto, este mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular. O plebiscito e o referendo permitem uma participação, em princípio, mais direta na tomada de determinadas decisões, e a iniciativa popular traz a possibilidade de que o povo soberano tenha alguma iniciativa legislativa. Todos contribuem, em alguma medida, para a manutenção do Estado democrático de direito, pois concorrem para tentar garantir aos cidadãos uma participação mais direta no processo legislativo.

O ato de votar é fundamental, é um direito e dever do cidadão, no qual o povo tem o poder de escolher um representante pela vontade geral para exercer o Poder Público, em prol do bem-estar da sociedade, concretizando a democracia brasileira, e o exercício do princípio fundamental da soberania popular. Ressalta Nathália Pires (2015, p.13) “Em torno disso, têm-se os direitos políticos de votar e ser votado por meio do sufrágio, o dever por meio do exercício do voto, e o procedimento por meio do escrutínio – direto e secreto – concretizando-se, assim, na participação do cidadão nas questões públicas”.

Vale lembrar que o voto está previsto no rol de cláusulas pétreas da Constituição Federal, ou seja, no art.60, §4º, inciso II, determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico, assim, percebe-se que a nossa Carta Magna defendeu o voto direto, no qual o povo escolhe diretamente o seu representante, sem intermediário, como sendo uma das normas mais importantes, e que não pode sofrer alteração, afrontando indiretamente o preceito do art.15, inciso III, da CF, que suspende o exercício pleno do voto dos presos, por critérios preconceituosos e antidemocráticos.

Dessa feita, citados os principais direitos e princípios fundamentais que defendem o exercício dos direitos políticos do preso condenado, ressalta-se que a norma constitucional que estabelecer essa suspensão, vai contra direitos básicos dos cidadãos, não devendo ser esquecidos em virtude do cometimento de um crime.

4 | DA FUNÇÃO DA PENA

A função da pena no indivíduo em simples palavras, é a retribuição do mal que o agente praticou contra algo ou alguém. Segundo Rogério Greco (2012, p.483) é a “[...] consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”.

Cabe ao Estado a fixação da pena ao indivíduo, reprovando a sua conduta praticada, e servindo de exemplo à sociedade para que possam entender que aquela situação não é permitida na legislação brasileira.

As principais penas estão descritas no art.32 do Código de Penal que são: privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa.

São várias as teorias sobre a função da pena, porém, adota-se no Brasil, no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, a Teoria Mista ou Unificada, na qual se defende que a pena teria a função retributiva, ou seja, a conduta realizada pelo agente deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e a função preventiva, ou seja, a imposição da pena seria uma forma de prevenção para inibir o cometimento de novos crimes pelo mesmo agente e intimar a sociedade para que esta não pratique conduta semelhante. Conclui Maria Alice Santos (2010, p.18):

Nota-se que esta teoria defende que a função da pena é retribuir ao infrator o mal injusto por ele praticado. Contudo, esta não é a sua única função, busca-se também com a aplicação da pena a prevenção. Isto porque a pena visa além da retribuição, neutralizar o infrator, retirando-o provisoriamente do convívio social (prevenção especial negativa), mas também tem por objetivo a prevenção geral negativa (intimidação) e a prevenção geral positiva (conscientização da sociedade acerca da necessidade de obedecer às normas jurídicas).

Além desses aspectos, a pena também tem a função de ressocializar o indivíduo afim de inseri-lo novamente na sociedade com o respeito e aceitação das normas legais prevista no ordenamento. Essa ideia está disposta no art.1º da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210), no qual trata que o objetivo da execução penal é efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Contudo, verifica-se nos dias atuais, que essa finalidade não tem obtido êxito, tendo em vista que a pena privativa de liberdade não consegue reeducar o criminoso à sociedade, devido a convivência no ambiente do cárcere e seu abandono e descanso dos agentes políticos para com eles, não dispendo verbas para manutenção do mínimo de dignidade nesses locais, e ainda retirando direitos básicos do exercício de cidadania como forma de punição.

Em relação à suspensão do direito de votar, o processo de ressocialização que o sistema penal prega, torna-se ineficaz, pois não tem como reeduca-lo, readaptá-lo à sociedade seja em qualquer tipo de pena, privando-o de direitos fundamentais

estabelecidos na Constituição como a base da democracia.

O exercício do direito político é fundamental para inserção do apenado na sociedade novamente, a suspensão desse direito nada tem haver com o cometimento do crime realizado, salvo os casos de crimes políticos e eleitorais, justificar a retirada desse direito no simples fato de repreender o indivíduo não é motivo suficiente.

Há que se analisar ainda que o sistema progressivo da pena, previsto no art.112 da Lei nº 7.210/84, é um instrumento de ressocialização do apenado, no qual possibilita gradativamente a sua inserção na sociedade, estimulando o preso a manter um comportamento adequado durante o cumprimento da pena, e este passa do regime mais severo (fechado) até o aberto. Afirma Maria Alice Santos (2010, p.35):

O sistema de progressão de regimes incentiva o preso, pois lhe permite, por exemplo, ao migrar do regime fechado para o semiaberto, desenvolver atividade laboral, ou até mesmo frequentar um estabelecimento de ensino. O que irá contribuir positivamente para a sua ressocialização (reeducação), e por conseguinte, acelera o seu processo de readaptação a sociedade, pois não retira o apenado totalmente do convívio social.

Podemos estabelecer um parâmetro quanto aos regimes de cumprimento de pena, previsto no art.33 do Código Penal, durante o tempo que o condenado ficar no regime fechado (pena superior a 8 anos), em que permanece no estabelecimento de segurança máxima ou média, poderia se o Poder Público viabilizar a inserção de sistemas de urnas nos presídios que tenham mais de 50 presos, e ainda dispor o acesso às propagandas eleitorais para que os mesmos tenham vista das propostas de cada representante político.

No entanto, quanto aos outros regimes, semi-aberto (pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos) e aberto (pena igual ou inferior a 4 anos), nos quais o apenado já tem possibilidade de sair do ambiente prisional com autorização do juiz da execução, podendo participar de cursos, trabalhos e outras atividades, nesses casos, o exercício do direito de votar já se faz presente, tendo em vista que não há motivos ensejadores do não cumprimento, senão apenas a autorização do juízo competente, sendo afronta ao princípio da soberania popular, a generalização que perfaz o art.15, inciso III, da CF.

A condenação criminal, em regra, enseja efeitos principais e secundários, estes últimos subdividindo-se em penais ou extrapenais, conforme trata Guilherme Nucci (2015, p.623):

Estas implicações secundárias provenientes da sentença podem ser penais ou extrapenais, sendo no primeiro caso, por exemplo, o impedimento ou revogação do sursis, a revogação de livramento condicional ou de reabilitação, o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, a possibilidade de torna-lo reincidente se já foi condenado anteriormente, entre outros. No segundo, caracterizam-se os encargos que se dão fora da esfera pena, ou seja, incidindo no âmbito cível, administrativo, político, trabalhista.

A suspensão dos direitos políticos pode ser associada aos efeitos secundários extrapenais que a condenação criminal gera nos presos, tendo em vista ser um efeito automático quando ocorre o trânsito em julgado da sentença, não podendo o mesmo votar até que acabe o cumprimento da sua pena.

Ainda pode se verificar que até mesmo as pessoas condenadas a penas restritivas de direito e multa, não podem exercer o direito de votar, bem como aqueles beneficiários do livramento condicional, sursis processual e sursis da pena, o que nos leva ao questionamento de qual seria a diferença de uma pessoa livre de exercer os direitos políticos e essas pessoas que já estão vivendo em sociedade, porém com restrições e deveres perante a justiça?

Pode – se constatar que os dois “tipos” de pessoas usufruem das mesmas políticas públicas dos representantes que foram escolhidos pela vontade do povo, da soberania popular. Devendo sim, os presos exercerem o direito de voto, tendo em vista que participaram da sociedade, como qualquer cidadão brasileiro.

5 | DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.15, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL?

Primeiramente, vale conceituar o que é a Ação Direta de Inconstitucionalidade, é a ação típica do controle abstrato brasileiro. Sua previsão é expressa no texto da Constituição Federal de 1988, que prescreve: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Dessa feita, verifica-se que a inconstitucionalidade poderia ser declarada apenas se uma norma infraconstitucional ofendesse uma norma constitucional, tendo em vista que o controle de constitucionalidade só será realizado para o poder constituinte derivado, ou seja, só pode ser declarada inconstitucionalidade de uma norma de Emenda Constitucional.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a tese das normas constitucionais inconstitucionais, ou seja, de normas contraditórias advindas do poder constituinte originário. Assim, se o intérprete da Constituição se deparar com duas ou mais normas aparentemente contraditórias, cabe a ele compatibilizá-las, de modo que ambas continuem vigentes. Não há que se falar em controle de constitucionalidade de normas constitucionais, produto do trabalho do poder constituinte originário.

Dessa maneira, em 2003, A PEC, de autoria do senador Pedro Simon (PMDB-RS), quis dar nova redação ao artigo 14 e revoga o inciso III do artigo 15 da Constituição Federal. Pelo texto, os condenados que cumprem a prisão seja em regime fechado, semiaberto ou aberto teriam os mesmos direitos que analfabetos, maiores de 70 anos e maiores de 16 e menores de 18 anos, cuja participação nos pleitos é facultativa. O projeto incluía os detentos na relação dos inelegíveis, ao lado dos inalistáveis e analfabetos, porém, foi rejeitado.

Contudo, não se pode ignorar que o referido artigo que suspende os direitos políticos

do preso condenado afronta diretamente vários princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, como já citado acima, sendo a solução mais viável aquela inicialmente proposta pelo Projeto de Emenda Constitucional, no qual se deveria declarar o conflito entre as normas constitucionais, devendo possibilitar aos presos a faculdade de votar, incluindo estes no rol estabelecido no art.14, da CF, com o fim de exercer a sua vontade na escolha dos representantes políticos .

Muitas vezes, os presos são esquecidos pelo Poder Público, sendo invisíveis políticos para a classe política, e assim não dão atenção ao problema prisional já que não fazem parte da massa ativa de eleitores que correspondam na hora da eleição política.

A inclusão social desses presos é necessária, a participação do voto expressa a manifestação de vontade, de cidadania, de que fazem parte da sociedade, e não são repreendidos por erros que cometeram e estão sendo punidos por eles, mas nada interfere nessa exclusão que a Constituição Federal reservou no art.15, inciso III.

A soberania popular estabelecida no art.14, caput, da CF afirma que será exercida por meio do sufrágio universal e pelo voto com valor igual para todos, assim, o princípio da igualdade previsto como direito fundamental se encontra violando também nesses casos de suspensão dos direitos políticos dos condenados criminalmente, estes foram provados de exercer o princípio democrático. Afirma também Rogério Puggina (2006, p.5):

Não podemos, de maneira alguma, ir além da restrição de liberdade do direito de ir e vir. O voto é o poder que temos de interferir na estrutura governamental, de manifestar qualquer descontentamento. Os presos já se encontram em desigualdade perante as pessoas livres, e se os proibirmos de votar, acaba aumentando ainda mais esta desigualdade e, assim, por conseguinte, enfraquece a democracia. Como podemos pensar em políticas públicas para o sistema prisional, se o preso é um invisível político?

Não há apenas afronta ao princípio da igualdade, como já citado, vai de encontro contra os princípios constitucionais da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, da personalidade da pena, da proporcionalidade, da razoabilidade, dentre outros.

Os argumentos utilizados para suspensão o direito de voto, é de que os presos não são pessoas idôneas e éticas capazes de participar na escolha dos representantes do Poder Público, utilizar-se de critérios preconceituosos e discriminatórios justificando no crime que aquele agente cometeu, não interfere na expressão da sua vontade e exercício de cidadania.

Notório verificar que, atualmente, vários juiz de execuções penais já tem entendimento diverso daquele estabelecido pela Constituição Federal, são contrários a suspensão automática do direito político, tem-se oficiado diretamente o Tribunal Regional Eleitoral para que o não se suspenda esses direitos. Como cita Rogério Puggina (2006, p.3) um caso prático envolvendo o Juiz Dr.Luís Carlos Valois no Estado do Amazonas:

[...] Ao contatar o juiz da vara de execuções de Manaus, Dr. Luís CarlosValois, para saber como havia, sido as últimas eleições no estado do Amazonas, como havia sido

feito para que os presos provisórios votassem, o mesmo me surpreendeu positivamente ao dizer que lançou uma portaria permitindo que os presos condenados, em regime semi-aberto, saíssem para votar. Porém, ao mostrar esta minha surpresa, pois para estar no regime-semiaberto, ele teria que estar condenado, e comentando que na maioria dos estados do país a suspensão se dava automaticamente, impossibilitando, assim, as pessoas condenadas de votar, que o mesmo se o magistrado não colocasse na sentença, o escrivão oficiava o Tribunal Regional Eleitoral, o mesmo, de maneira muito simples, disse algo básico que deve nortear qualquer sistema jurídico (ou pelo menos deveria), que passo a transcrever “Não, aqui no Amazonas, os cartórios, escrivão ou diretor de secretaria, não possuem essa absurda prática de informar ao TER o que não existe”. No Amazonas, a grande maioria dos magistrados entende que o simples fato da pessoa estar presa, já é fato para impedir a pessoa de votar.

Há uma desproporcionalidade na punição imposta na condenação do agente, além do mesmo já pagar pena pelo crime praticado, atingindo alguns de seus direitos, ela ultrapassa as margens do direito civil, e atinge os direitos eleitorais, havendo uma dupla punição, ainda que de forma tímida, o preso é punido por algo que nada tem a ver com o crime praticado, perde a sua cidadania, além da sua liberdade.

6 | DO PRESO PROVISÓRIO

O preso sem condenação transitada em julgada, como aquele em prisão provisória ou cautelar e ainda os adolescentes em conflito com a lei entre os 16 e 18 anos, não sofrem com a limitação dos direitos políticos, podendo exercer tanto a capacidade ativa quanto passiva, ou seja, podendo votar ou candidatar-se a eleição de cargo público, desde que respeitadas às condições de elegibilidade.

Contudo, a execução desse direito ao preso provisório muitas vezes não acontece, tendo em vista que não disponibilizam a propaganda eleitoral aos presos, a instalação de seções eleitorais nos estabelecimentos penais e unidades de internação geram bastante gastos, e não há a realização desse investimento, afrontando também os direitos políticos.

Ainda que de maneira improvisada, há estados brasileiros que tentam garantir o acesso dos presos provisórios ao direito de votar, já que são lhos assegurado, como cita Rogério Puggina (2006, p.6):

Em alguns estados do país os presos votam (como, por exemplo, Acre, Amazonas, Ceará, Pará, Pernambuco, Sergipe). Exemplo positivo de superação de questões técnicas e de flexibilização da legislação eleitoral para se fazer cumprir a Constituição Federal vem do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. O “Relatório dos Trabalhos Realizados no Tribunal Regional Eleitoral do Ceará para Efetivação do Direito ao Voto dos Presos Provisórios”, afirma que “editou-se a Resolução TER-CE nº 235/2003, a qual prevê normas que buscam minimizar os possíveis transtornos técnicos advindos da instalação das seções especiais, possibilitando, inclusive, a criação de seções onde haja 50 (cinquenta) eleitora, consoante permite o art.117, §1º do Código Eleitoral”.

7 | DO PRESO CONDENADO EM OUTROS PAÍSES

Na análise sobre a situação no âmbito internacional, verifica-se que no art.3º do Protocolo nº 1 da Corte Europeia de Direito Humanos, estabelece que a obrigação dos Estados-Partes de realizar eleições livres em intervalos razoáveis através do voto secreto, em sufrágio universal, sob a condição de assegurarem a livre expressão de opinião das pessoas na escolha dos seus representantes. Tendo na prática, o Reino Unido no caso concreto, no qual impedia o preso condenado de votar, esta Corte decidiu que o país violava este dispositivo da Convenção.

Segundo Rogério Puggina (2006, p.10) cita exemplo sobre Portugal que defende o direito de votar do preso antecipadamente, resolvendo os problemas que justificam sobre a falta de estrutura para colher os votos válidos dessas pessoas:

Transcrevo parte do que me foi escrito pela senhora Maria da Graça Archer, Diretora de Serviços da Divisão de Apoio Jurídico do Consulado de Portugal: “os cidadãos presos podem votar antecipadamente, desde que não estejam privados de direitos políticos. Para o efeito, devem requerer ao presidente da câmara do município em que se encontrem recenseados, até ao 20º dia anterior ao da eleição, a documentação necessário ao exercício do direito de voto, enviando fotocópias autenticadas do seu bilhete de identidade e do seu cartão de eleitor e juntando documento comprovativo do impedimento invocado, emitido pelo diretor do estabelecimento prisional”.

Assim, diversos são os países que não apresentam restrição quanto ao sufrágio em relação ao condenado, pode-se dar exemplo: países da Europa como Espanha, França, Suécia, etc; países da América Central como Panamá, Bolívia, Porto Rico, Costa Rica, etc; países do Oriente Médio como Irã, Palestina, Iraque, etc, e ainda diversos outros países no mundo. Nestes lugares, os presos podem votar, e cada país estabelece a melhor maneira para colher esses votos nas unidades prisionais.

8 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cidadania, como se verificou, é um dos princípios fundamentais resguardados pela Constituição Federal Brasileira de 1988, bem com os outros princípios relacionados como o da dignidade da pessoa humana, da soberania popular, da representação política e da participação direta.

Embora a Constituição assegure a igualdade de todos perante a lei no seu art.5º, vê – se que o indivíduo condenado por sentença criminal transitado em julgado, têm seus direitos políticos suspensos, conforme o art.15, inciso III, da CF, e em consequência, perde - se o direito de votar, não exercendo a cidadania.

Das várias justificativas encontradas pelo legislador para essa previsão, afirmam que o preso condenado não estaria moral ou eticamente capacitado, além da impossibilidade de se implantar um sistema de recolhimentos de votos nas prisões, deixando esses indivíduos de participar da escolha dos destinos da sociedade brasileira.

Verificou-se da análise dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, não pode ser retirado de ninguém por critérios apenas discriminatórios e antidemocráticos. Justificar o não exercício do direito de votar, pelo cometimento um crime, não é motivo suficiente para a sua suspensão, até porque o ato ilícito não tem relação com o exercício do direito político.

A Constituição Federal no art.15, inciso III diz expressamente sobre a suspensão dos direitos políticos do preso, não importando em que regime se encontra, seja fechado, semi-aberto ou aberto, porém há sim a possibilidade do exercício do direito de votar já que uma das funções da penas, é justamente a ressocializar o indivíduo, e exercer a cidadania através da participação da vida política do país, torna-se uma medida que fará o apenado através da progressão de regime do cumprimento da pena, concretizar a sua inserção na sociedade.

Assim, como o preso provisório e adolescentes em conflito com a lei não tem seus direitos suspenso, os presos condenados também não devem ter seus direitos restringidos, ressalta-se que já há até previsões no âmbito internacionais de países que já adere a esse posicionamento, dando aos seus nacionais, devido exercício da cidadania através da participação política.

Desse modo, cabe a proposta de nova Emenda Constitucional, visando a revogação do art.15, III, da CF, em razão do seu conflitos com os princípios fundamentais da Constituição, e a inclusão dos presos condenados no rol dos votos facultativos, previsto no art.14, II , da CF, dando a garantia dos presos terem oportunidade de inserir-se na comunidade novamente, sem questões preconceituosas e discriminatórias de pensamento, deixando de lado o título de “invisíveis políticos”, para atingir um patamar igualitário perante os cidadãos brasileiros.

REFERÊNCIAS

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – 37ª. Edição, revisada e atualizada até a Emenda Constitucional n.76, de 28.11.2013. – São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GOMES, José Jairo. **Direito Políticos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n.100, p.103-130, jan/jun.2010. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/100103130.pdf> Acesso em: 10 de janeiro de 2017.

GRECO, Rogerio. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado/Pedro Lenza**. – 16. Ed. Rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Antonio. **Isolamento político dos condenados: uma leitura crítica sobre a (in)existência de seções eleitorais em presídio**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4868>. Acesso em: 12 de outubro de 2016.

PINHEIRO, Aline. **Constituição de 34 países proíbe preso de votar**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo – SP: 08 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-08/preso-votar-proibido-constituicao-34-paises>> Acesso em: 24 de Agosto de 2016.

PIRES, Nathália Tonac. **O voto do preso provisório: Exercício de Cidadania e Dignidade da Pessoa Humana? Uma análise a partir da realidade do Estado do Tocantins**. Monografia (Trabalho de Conclusão do Curso – Graduação) – Curso de Direito - Centro Universitário Luterano de Palmas, Tocantins. Disponível: <https://ulbra-to.br/bibliotecadigital/uploads/document557b39eba3381.pdf> Acesso em: 12 de abril de 2017.

PUGGINA, Rodrigo Tonniges. **O Direito de Voto dos Presos**. Revista Sociologia Jurídica, nº 03, São Paulo – SP: julho/dezembro 2006 Disponível em: <<https://sociologiajuridicadotnet.wordpress.com/o-direito-de-voto-dos-presos/>>Acesso: 05 de Dezembro de 2016.

RAMOS, Raissa Holanda; DIOGO, Rhafaela Cordeiro. **Suspensão do Direito Político Ativo para os presos e a violação de direitos fundamentais**. Revista Transgressões Ciências Criminais em Debate. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/suspensao_do_direito_politico_ativo_para_os_presos_e_a_violacao_de_direitos_fundamentais.pdf Acesso em: 22 de maio de 2017.

RODRIGUES, William Costa. **Metodologia Científica**. FAETEC/IST – Paracambi: 2007.

SANTOS, Maria Alice de Miranda. **A Ressocialização do Preso no Brasil e suas Consequências para a Sociedade**. E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do Uni-BH. Belo Horizonte, vol.III, n.1, jul-2010. Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/64> Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23ª Edição, revista e atualizada. Editora: Cortez, São Paulo, 2010.

SILVA, Bruna de Linhares, et.al. **Dos Efeitos da Condenação e da Reabilitação**. Revista Faculdade Direito São Bernardo do Campo, S.B. do Campo, v.22, n.1, jan/jun.2016. Disponível em: www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/download/853/720 Acesso em: 05 de março de 2017.

O PAPEL DA DELAÇÃO PREMIADA NA PERSECUÇÃO PENAL

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 04/05/2020

Tiago Martins de Oliveira Guimarães

Universidade Presbiteriana Mackenzie Campinas
São Paulo

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5653995362466773>

RESUMO: O presente trabalho trata da delação premiada e de sua atuação na persecução penal, estendendo o estudo deste instituto por meio da acepção de seu valor probatório no âmbito do processo penal brasileiro, especialmente sob a ótica da Lei 12.850/13, a qual sistematizou a utilização do referido instituto processual. A pesquisa foi desenvolvida a partir de revisão bibliográfica, bem como da leitura e estudo de artigos publicados em revistas de direito processual. Além disso, foi realizada uma análise conceitual do instituto, bem como realizado um breve histórico acerca do surgimento da delação premiada no ordenamento jurídico pátrio. Constatou-se que a delação premiada segue algumas regras pré-estabelecidas para a posterior valoração judicial. Dentre as mencionadas regras, cumpre citar a corroboração e a corroboração cruzada

das diversas delações obtidas no mesmo processo, visando sempre a efetiva análise judicial do instituto e notadamente, após análise juntamente com todo contexto probatório, realizar a aplicação da delação premiada ofertada para embasar a decisão do Magistrado. Por fim, foi analisado que atualmente o referido instituto tornar-se-á muito importante na apreciação de alguns crimes complexos, auxiliando, assim, os juízes criminais na melhor apuração desses tipos penais, bem como poderá ajudar de forma prática, desestimulando cada vez mais os agentes a praticarem tais crimes.

PALAVRAS-CHAVE: Delação Premiada – Valoração Probatória – Persecução Penal.

THE ROLE OF AWARENESSED DELATION IN CRIMINAL PERSECUTION

ABSTRACT: The present work is about the leniency agreement and his consequences in the criminal prosecution, extending the study of this institution through the meaning of its probative value in the scope of Brazilian criminal procedure, especially under the perspective of Law 12.850/13, which systematized the used of the procedural institute. The research was developed based on a bibliographical review, as well as reading and studying articles

published in magazines of procedural law. In addition, it was realized a conceptual analysis of the institution, as well as a brief history about the emergence of the leniency agreement demarcation in the country's legal order. It was found that leniency agreement follows some pre-established rules for subsequent judicial valuation. Among the mentioned rules, it is necessary to mention the corroboration and cross-check corroboration of the various leniency agreement obtained in the same process, always aiming at the effective judicial analysis of the institute and especially, after analyzing together with any probative context, to apply the leniency agreement offered to support the decision of the Magistrate. Lastly, it was analyzed that this institute will now become very important in the assessment of some complex crimes, thus assisting the criminal judges in the better investigation of these types of crimes, as well as be able to help in a practical way, discouraging more and more the makers of such crimes. **KEYWORDS:** Leniency Agreement – Probationary Valuation – Criminal Prosecution.

1 | INTRODUÇÃO

A delação premiada é um instituto do Direito Penal lato senso que desenvolveu-se de forma abrangente e significativa nos últimos anos. Referido desenvolvimento deve-se, principalmente, pela dificuldade encontrada do Estado em investigar e obter resultados satisfatórios para efetiva punição de crimes mais complexos, como por exemplo, praticados por organizações criminosas. Em apertada síntese, trata-se de um meio para se obter resultados eficazes e práticos para o desfecho do processo penal, de maneira a alcançar uma resposta mais satisfativa perante à sociedade.

Em um primeiro momento, ao analisar o instituto da delação premiada, verifica-se que é oferecido ao investigado a oportunidade de realizar um acordo de colaboração premiada, onde lhe será oferecido um benefício. Referido acordo terá, notadamente, em seu bojo informações robustas indicando outros partícipes da prática criminosa, como também devem auxiliar a cessação e apuração do delito apurado no caso concreto. Dentre as benesses oferecidas ao agente, a título de exemplo, pode-se citar a diminuição da pena imposta quando da sentença e, até mesmo, o perdão judicial.

É possível encontrar inúmeros registros da delação premiada no ordenamento brasileiro. O primeiro registro encontra-se nas Ordenações Filipinas (1603-1867). Posteriormente, foi tutelado referido instituto na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), em seu artigo 8º, o qual prevê a redução de um a dois terços da pena de quem colaborasse a dismantelar quadrilha voltada à prática de crimes hediondos e equiparados, quais sejam, tráfico, tortura e terrorismo.

Encontra-se também a manifestação do instituto no Código Penal em seu artigo 159, §4 (Extorsão Mediante Sequestro), o qual, notadamente, prevê uma redução da pena imposta ao colaborador. Ainda no campo da delação premiada, verifica-se sua previsão também na Lei 8.137/1990, incluída pela Lei 9.080/1995 (Lei que dispõe acerca dos Crimes

Contra o Sistema Financeiro Nacional e Contra a Ordem Tributária), também há previsão na Lei 9.613/1998 (Lei que dispõe acerca de Crimes de Lavagem de Capitais). No mesmo sentido, elaborou-se a Lei de Proteção a Testemunhas (Lei 9.807/1999), dispondo sobre a proteção estatal oferecida ao investigado, quando de sua contribuição eficaz para o deslinde da investigação e instrução penal.

Posteriormente, no ano de 2006, foi criada a Lei de Combate aos Crimes de Tráfico e afins (Lei 11.343/2006), a qual instituiu a delação premiada em seu artigo 41, manejando o benefício da redução da pena imposta para o colaborador.

Entretanto, apesar de muitas previsões legais a respeito da delação premiada, todas pecaram com respeito ao procedimento a ser adotado para a efetiva aplicação do instituto. Referida lacuna procedimental apenas foi preenchida com a elaboração da Lei 12.850/2013 (Lei que dispõe acerca das Organizações Criminosas). Nesta lei, além da previsão de vários meios de obtenção probatória com vistas a apuração de delitos que envolvam organizações criminosas, houve, também, a criação teórica de um procedimento que deverá ser adotado pelo poder judiciário para reger o funcionamento da delação premiada.

Este estudo objetiva analisar a eficácia da aplicação do instituto da delação premiada, verificar qual a sua natureza jurídica, além de definir o valor probatório do instituto. Assim será possível compreender de forma ampla acerca do objeto da pesquisa, a delação premiada sendo aplicada em casos concretos por meio de decisões judiciais, e qual o seu papel na persecução penal *lato sensu*.

2 | DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 Conceito de Delação Premiada

O termo delação advém do latim “*delatione*” e expõe uma revelação, uma acusação. Trata-se, entretanto, de uma acusação derivada de um agente que pratica um crime e revela seu desejo de delatar os demais sujeitos ativos quando da prática da infração penal. A delação premiada nada mais é do que um instituto de natureza penal, pois constitui um fator de diminuição da pena imposta quando da reprimenda legal ou perdão judicial, que é, notadamente, uma causa extintiva de punibilidade. Segundo Guilherme de Souza Nucci (20140, p. 778), a delação premiada constitui-se em um mal necessário, pois trata-se da forma mais efetiva de quebrar a espinha dorsal das quadrilhas possibilitando que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade.

Desta maneira, não há como negar que a delação premiada é um instrumento de combate ao crime organizado. Por referida delação, o delator recebe uma benesse (redução da pena imposta, perdão judicial, cumprimento da pena em regime penitenciário

mais brando, etc.).

Em apertada síntese, a delação premiada é uma confissão, uma acusação qualificada, onde o coautor ou partícipe de uma infração penal impõe ao integrando do concurso de agentes a prática do delito ou, ainda, revela informação valiosa para o deslinde da investigação ou instrução penal com fins a apuração e devida condenação dos culpados.

De forma técnica, é um meio probatório que, no primeiro caso, identifica um corréu da relação infracional, para posteriormente, suplementar a ocorrência do delito com sua confissão.

Por fim, conclui-se que a delação premiada é um importante instrumento de combate à criminalidade em nosso país. Referido instrumento deve observar, ainda, as garantias constitucionais dos indivíduos, elencadas no inciso do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, levando-se sempre em consideração os estritos limites impostas na legislação penal.

2.2 Distinções Terminológicas

O foco do presente trabalho é analisar o papel da delação premiada no âmbito da persecução penal, todavia, imprescindível faz-se situá-la dentro do gênero denominado colaboração processual.

Em apertada síntese, colaboração processual entende-se por formas de posturas cooperativas do agente acusado com a Autoridade Judiciária, Policial e, até mesmo, com o Ministério Público, visando, assim, auxiliá-los na obtenção de provas na persecução penal.

Desta maneira, cumpre distinguir, almejando um maior rigor técnico-científico na utilização da adequada linguagem jurídica, as expressões colaboração processual, delação premiada, delação e chamamento de corréu. Referidas expressões possuem critérios mínimos plenamente aptos a diferenciá-las.

Por primeiro, a colaboração processual adequa-se como sendo gênero, permanecendo as demais expressões de cooperação do imputado como espécies daquele.

Falando-se em terminologia legal, importante lembrar aquelas utilizadas pelo legislador ao se referir à qualquer tipo de atividade do agente, dentre as quais destacam-se: denúncia, colaboração espontânea, confissão espontânea, colaboração efetiva e voluntária, revelação espontânea e revelação eficaz. O legislador, neste aspecto, distancia-se de critérios lógicos e sistemáticos para referenciar o instituto da colaboração processual lato sensu.

2.3 Natureza Jurídica

Questão tormentosa diz respeito a conceituar a natureza jurídica da delação premiada. O instituto trata de fonte de prova, meio de prova ou meio de obtenção de prova?

Por primeiro, insta conceituar o significado de fonte de prova. Fonte de prova

relaciona-se ao fato *probandum*, ou seja, tudo aquilo que for necessariamente útil para o esclarecimento visando provar a existência do fato apurado. Assim, fonte de prova independe de um prévio processo. Lauand apud Essado (2013, p. 03) define fonte de prova como “as pessoas ou coisas a partir das quais se pode obter elementos de prova”.

Desta maneira, então, o conhecimento das fontes de prova pode ensejar a introdução de alguns elementos probatórios no processo, o que, então, será materializado através dos meios de prova. As fontes de provas tem destinatário certo. Destinam-se, assim, às partes, pois são elas que possuem o ônus probatório dos fatos alegados, buscando identificar e introduzir no processo o maior número de fontes de prova possível afim de auxiliar o magistrado na tomada de sua decisão. O imputado também poderá ser considerado fonte de prova a partir da visão de que ele detém conhecimento a respeito dos fatos imputados a ele.

Em apertada síntese, cumpre caracterizar os meios de prova, que nada mais é do que o instrumento por meio do qual as fontes de provas adentram o processo. Assim, o resultado probatório produzido através dos meios de prova deverá ser utilizado pelo magistrado em sua decisão judicial.

Para finalizar a diferenciação a respeito da natureza jurídica da delação premiada, insta conceituar e apresentar o meio de obtenção de provas. O meio de obtenção de prova é um mecanismo processual que permite acesso à fonte de prova ou meio de prova. Como exemplo de meios para obtenção de prova podemos citar a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a quebra de sigilo bancário e fiscal.

Desta feita, então, podemos concluir que a principal característica do meio de obtenção de prova é sua instrumentalidade. Referido instrumento quando manejado pode ou não levar a descoberta de fatos que interessem o deslinde dos fatos apurados no processo penal ou na própria investigação, inclusive.

Penteado apud Essado (2013, p. 03 - 04) define delação premiada como:

“acusação proveniente de uma pessoa que praticou um crime e revela os demais sujeitos ativos dessa mesma infração penal ou evidencia o local em que se encontram bens, direitos ou valores objetos da infração penal.”

Referido autor alega ser a delação premiada um meio de prova, materializando-se no processo através do interrogatório.

Em apertada síntese, delação premiada nada mais é do que a palavra de um imputado penal em relação a um fato criminoso, que podem ser expressadas na fase pré-processual ou processual. Desta maneira, então, o conteúdo da fala emitida pelo imputado permite, muitas vezes, o esclarecimento da causa, relativos a autoria, da materialidade ou evidenciar, até mesmo, os produtos derivados da infração penal, tais como bens, direitos, valores, etc.

Questão intrigante quando se fala em delação premiada diz respeito a exigência ou não de confissão como requisito essencial para configuração do instituto. Essado (2013,

p.04) diz que é preciso se ater muito mais às consequências geradas pelo que foi dito pelo imputado, como resultado probatório concreto, mediante os critérios de eficácia probatória, do que concentrar-se a atenção no fato de o imputado ter ou não admitido a própria culpa.

Analisando, então, a delação premiada, verifica-se que a confissão do ora imputado é prescindível para a confirmação de sua cooperação processual delitiva. Todavia, diferente tratamento se dá em relação ao imputado ter conexão com o que se delata. Referida questão é totalmente imprescindível para configuração da delação, sob pena de ser considerado apenas e tão somente testemunha e não delator.

Conclui, assim, Essado (2013):

Com isto, e retomando os conceitos iniciais de fonte de prova, meio de prova e meio de obtenção de prova, percebe-se que é possível considerar o imputado como fonte de prova, tendo em vista que sempre poderá ser útil ao deslinde do caso, prevalecendo, logicamente, seu livre-arbítrio e regras mínimas de observância obrigatória.

Por fim, referido autor margeia a questão alegando que caracterizar a delação premiada como meio de obtenção de prova parece ser o enquadramento que melhor coaduna-se com os fins a que ela destina-se. Referida classificação mostra-se adequada pois da delação do imputado pode ser que não advenha qualquer resultado processual, o que mostra ter a delação premiada natureza jurídica de meio de obtenção de prova.

3 | BREVE HISTÓRICO

A delação premiada teve uma de suas primeiras aparições no ordenamento jurídico brasileiro na Lei 8.072/1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos. Referida lei trouxe uma inovadora medida de política criminal, possibilitando maiores e mais benéficos incentivos para os acusados que cooperassem efetivamente com a investigação. A mencionada lei assim dispõe em seu artigo 8º, parágrafo único:

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

O Supremo Tribunal Federal, tendo como relatora a Ministra Ellen Gracie, analisando a finalidade de recompensar os delatores, assim votou no Habeas Corpus 90.312:

Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medida e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de coautores ou partícipes que se oferecem para fazer a delação premiada. (HC 90.312, STF, 2ª T., rel. Min. Ellen Gracie, j. 02.09.2008.)

Pouco tempo depois, a delação premiada foi também mencionada na Lei 9.034/1995, conhecida como Lei do Crime Organizado. Na referida legislação penal, exigia-se alguns

requisitos para se verificar os incentivos dispostos na lei, dentre os quais encontravam-se que além do reconhecimento dos fatos imputados, o acusado teria que indicar outros autores e, ainda, esclarecer a autoria das infrações penais cometidas, bem como facilitar a libertação das eventuais vítimas, caso houvessem. Todavia, mister lembrar que a Lei 9.034/95 foi totalmente revogada pela nova legislação que dispõe a respeito do assunto, qual seja a Lei 12.850/2013. A título de curiosidade histórica, está era a inteligência do artigo 6º da referida Lei:

Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

Ainda no corrente ano de 1995, houve a promulgação da Lei 9.080/1995, a qual alterou as Leis 7.492/1986 e 8.137/1990, as quais dispunham a respeito dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e Crimes Contra a Ordem Tributária, respectivamente. Referida alteração legislativa veio dispor os já mencionados incentivos à cooperação dos acusados.

A delação premiada prossegue sua evolução no cenário nacional com a edição da Lei 9.613/1998, conhecida como Lei de Lavagem de Dinheiro. Até referida lei, os benefícios previstos limitavam-se à pena, agora, porém, foi ampliada tal possibilidade para eventual substituição da pena corporal e até mesmo isenção de pena, popular perdão judicial. Além do mais, mencionada lei adentrou o campo da execução penal, possibilitando, ainda, o cumprimento de pena separado dos demais acusados, quando de sua prisão cautelar.

A Lei 9.807/1999, por fim, encerrou o ciclo da delação premiada. Referida lei trata do assunto relativo à proteção conferida às testemunhas e possui um capítulo específico dispondo acerca dos benefícios que a delação premiada pode conceder.

Neste diapasão, a doutrina e a jurisprudência trataram de tentar resolver as controvérsias a respeito do assunto. O primeiro ponto controvertido diz respeito a eficiência de investigação, exigindo do delator que, a partir de sua cooperação, sejam identificadas efetivas provas que embasem realmente a decisão judicial. Ademais, o valor probatório da delação também foi tema amplamente debatido e ficou pacífico na jurisprudência que os delatores não são elementos de provas, mas são considerados meros informantes, cabendo ao magistrado analisar suas declarações com os demais elementos de provas produzidos.

Noutro giro, no ano de 2013, foi promulgada a Lei 12.850, a qual passou a disciplinar a colaboração premiada, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico foi instituída a barganha no sistema processualista penal.

Referido instituto da colaboração premiada vai muito além da antiga delação premiada anteriormente disciplinada no ordenamento jurídico pátrio. A colaboração está disposta no artigo 4º da referida Lei, que assim dispõe em seu caput e incisos:

Art. 4º: O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I- a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II- a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III- a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV- a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V- a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Por derradeiro, a principal diferença entre colaboração e delação premiada está no fato de que a colaboração somente é cabível e prevista nos crimes que envolvam necessariamente organizações criminosas, ou seja, notadamente a organização criminosa precisar estar bem estruturada internamente.

O artigo 5º da mencionada Lei dispõe acerca dos benefícios que podem ser alcançados pelos colaboradores, dentre eles há a possibilidade do Ministério Público deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração, há, também, a possibilidade de a colaboração ocorrer na fase de execução da pena, caso em que será reduzida até a metade a pena imposta na sentença, por fim, existe o direito do colaborador cumprir pena em estabelecimento prisional diferenciado dos demais cõrreus condenados.

No mesmo sentido, a principal inovação trazida pela colaboração premiada consiste no fato de que a forma como ocorrerá a colaboração é muito mais benéfica ao réu. Ela é realizada por meio de um acordo escrito, subscrito por representantes da parte acusatória, pelo suspeito e necessariamente por seu defensor e, posteriormente, será homologado pelo juiz. Referido acordo permite e possibilita as partes discutirem os benefícios oferecido aos acusados e, também, discutir a respeito da validade do eventual acordo celebrado. De mais a mais, o acordo homologado pelo Magistrado retira aquela incerteza existente na confissão e na antiga delação premiada, que apenas era valorada e analisada em posterior sentença proferida pelo Juiz.

Por fim, a existência do acordo enseja maior segurança jurídica as partes, principalmente ao acusado colaborador. Com relação à exigibilidade de seu cumprimento pelo Poder Judiciário, diferencia-se diametralmente da delação e da confissão, pois as partes e o Magistrado estarão previamente comprometidos às condições anteriormente acordadas.

4 | VALOR PROBATÓRIO DA DELAÇÃO PREMIADA

A delação premiada é um tema amplamente discutido na atualidade a partir de várias abordagens, dentre as quais, jurídica, ética, psicológica, política, etc. Neste interim, o presente trabalho pretende discorrer acerca da delação premiada sob o enfoque de seu valor probatório, abstendo-se, por ora, de considerações político-criminais, morais e éticas.

Há intensa discussão a respeito de não ser possível a persecução penal de algumas modalidades criminosas sem o instituto da delação premiada, todavia, por outro lado, não seria plenamente adequado aceitar referido instituto para toda e qualquer investigação criminal com vistas a apurar a materialidade ou autoria de crimes em geral. Diante dessas considerações, têm-se que é preciso muita prudência e grande cuidado para utilização da delação premiada, evitando notadamente eliminar ou banalizar importante instituto penal. Nesse sentido a regra legal da valoração da delação premiada, prevista no art. 4º, § 16 da Lei 12.850/13, que assim dispõe: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

4.1 A Regra de Valoração da Delação Premiada

A delação premiada deve seguir uma regra de valoração probatória limitada, ou seja, não se pode dar valor absoluto e pleno para o instituto, nem negar-lhe qualquer valor. Faz-se mister admitir a delação com certa atenuação.

Atualmente, a delação premiada encontra sua regra legal na Lei 12.850/13, a qual aplica-se indistintamente aos crimes em que se enseja utilizar o instituto, visto que não se trata de uma regra especial que derroga uma norma geral sobre a delação.

Neste sentido, referida legislação ordinária notadamente limita o livre convencimento do juiz, princípio este que normalmente governa as decisões no âmbito judicial. Todavia, distante está a nova regra processual daquela previstas nos primórdios, a qual destacava-se por qualificar previamente as provas, popularmente conhecida como sistema da prova legal. A delação hoje positiva aproxima-se de um regime de prova legal negativa, qual seja aquele que determina ser ela insuficiente para o Magistrado condenar o delatado, nos termos do supramencionado art. 4º, § 16 da Lei 12.850/13. Esse sistema processual visa proteger o princípio da presunção de inocência, expresso em nossa Bíblia Política, quando dispõe ser insuficiente a delação para superar a razoável dúvida que margeia a persecução penal com vistas a condenação dos acusados.

4.2 A Regra de Corroboração

O instituo da delação premiada apresenta-se de forma controlada quanto à valoração

da declaração do corréu. Referida valoração desenvolve-se sob um tríplice perfil.

O primeiro aspecto está notadamente relacionado com a credibilidade do delação (“de quem fala”). O seguinte aspecto relaciona-se com a coerência e verossimilhança da narração (“que coisa disse”) e o terceiro e último aspecto destacadamente está conexo aos elementos extrínsecos, ou seja, às circunstâncias da declaração prestada pelo delator precisam encontrar confirmação com os demais elementos probatórios constantes nos autos do processo.

O mencionado aspecto referente a credibilidade da delação caracteriza-se como intrínseco subjetivo e baseia-se em um juízo completo e unitário, pois considera a pessoa do delator, observando sua personalidade, sua vida pretérita, bem como as razões que o levaram a realizar a delação. De ínfima importância é o propósito utilitarista por parte do delator, posto que a obtenção do benefício legal alcançado com a delação é razão suficiente para realização da delação premiada.

Com relação a coerência e verossimilhança, de suma importância caracterizá-la como intrínseca objetiva, destacando a firmeza, a constância, bem como a especificidade lógica da declaração do delator. Notadamente, por lógica, entende-se a coerência interna do delator, bem como a racional colocação de sua colaboração no conjunto probatório dos fatos narrados até o momento no processo em questão. Além disso, o conteúdo da declaração prestada deve ser todo articulado, ou seja, a narrativa necessariamente terá que ser rica em especificidades e também particularidades, pois assim o controle do conteúdo da referida declaração será verificado da maneira mais objetiva possível. Mister lembrar que exige-se, ainda, a univocidade do discurso por parte do delator que se caracteriza em palavras e locuções que não possibilitem significados diversos daquele pretendido.

Por fim, o último aspecto é o que se refere aos requisitos extrínsecos da corroboração que é o objeto que a Lei exige para confirmar a declaração anteriormente prestada pelo agente. Exige-se para melhor análise da delação que o julgador atente-se aos fatos a que ela se refere, bem como deve-se levar em conta os sujeitos delatados e cada um dos fatos a eles atribuídos. Desta maneira, pode-se considerar que a delação prestada pelo agente apenas fará sentido no processo quando confrontada perante as asserções externas fáticas presentes em todo conjunto probatório dos autos.

Diante de todo exposto, verifica-se que notadamente é necessária uma análise com enfoque objetivo e subjetivo a respeito da declaração prestada pelos colaboradores. Entretanto, diante desse parâmetro, perfeito possível se faz parte da delação encontrar inequívoca corroboração probatória e outra parte não encontra-la, não sendo, assim, confirmada pelos demais elementos de provas constantes nos autos.

De mais a mais, com relação ao trecho da delação em que não houver corroboração probatória, haverá a impossibilidade de condenação baseado somente nesta parte da delação. Essa limitação perante o Magistrado encontra base no artigo 4º, parágrafo 16 da Lei 12.850/13, o qual limita o livre convencimento motivado do juiz.

Em contrapartida, o juiz poderá, na parte em que houver corroboração probatória, utilizar a delação para posterior decisão por ele prolatada, como menciona Gustavo Bardaró:

“na parte em que houver harmonia com outros elementos, será possível a condenação, embora o juiz possa valorar a inexistência de outras provas na parte em que não houve confirmação, sob o ponto de vista da credibilidade (ou ausência de) do delator.”

4.3 Corroboração Cruzada

Em um primeiro momento, a corroboração dar-se-á por meio de qualquer elemento probatório que conste nos autos. Todavia, uma importante questão pode surgir no bojo do processo, qual seja a realização de mais de uma delação com conteúdos coesivos.

O instituto supramencionado denomina-se mutual corroboration ou corroboração cruzada. Referida corroboração dá-se quando dois corréus tem suas declarações corroboradas reciprocamente. Assim, as delações serão consideradas “limpas” e poderão, juntamente com outros elementos de provas, ser utilizadas pelo juiz na valoração das provas para posterior decisão.

Conforme o explanado acima, mister se faz esclarecer que não deve o Magistrado utilizar-se como elemento extrínseco de corroboração apenas outra declaração premiada, sendo, desta maneira, inviável apenas uma delação cruzada para condenar um acusado.

4.4 Controle Valorativo da Delação Premiada

O novo regramento trazido pela Lei 12.850/13 acerca do instituto da delação premiada notadamente aludirá a um dever de motivação quando da decisão prolatada pelo Magistrado.

Desta maneira, a delação em si mesma é destacadamente insuficiente para corroborar uma condenação, sendo, assim, inidônea para tal. Sendo assim, a decisão do Magistrado fundamentada apenas em uma delação premiada violará indistintamente lei federal. Para que seja utilizada a delação premiada sua constatação deverá ser notadamente revolvida de material probatório suficiente e, assim, poderá ser controlada mediante recurso especial, caso haja violação de lei federal.

Noutro giro, mesmo que o Magistrado atente-se a regra contida no artigo 4º, parágrafo 16 da Lei 12.850/13, poderá, ainda assim, ser manejado o recurso especial referente a correta aplicação da delação premiada. Tal fato fundamenta-se porque apesar de o Superior Tribunal de Justiça não realizar análise ou reavaliação probatória, poderá verificar se efetivamente o conteúdo das provas contidas no processo e o conteúdo da delação premiada dispõe-se no mesmo sentido, ou seja, não contradizem ou anulam-se.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos estudos realizados, pode-se concluir, primeiramente, que a delação premiada nada mais é do que um instituto de natureza penal, pois constitui um fator de diminuição da pena imposta quando da reprimenda legal ou perdão judicial, que é, notadamente, uma causa extintiva de punibilidade. Foi possível, também, realizar uma distinção terminológica entre os termos colaboração processual e delação premiada (colaboração premiada). Aquele refere-se ao gênero do qual a delação premiada acomoda-se como espécie. Com respeito à natureza jurídica do instituto, o presente artigo explanou que melhor seria classificá-lo como meio de obtenção de prova, pois da delação premiada ofertada pode advir ou não benefício probatória para o deslinde da ação penal.

Por fim, ficou registrado que a delação premiada encontra fundamento em diversas leis presentes no ordenamento brasileiro. Diversas leis já previam o referido instituto e cada uma delas beneficiava o colaborador de alguma maneira. Assim, após amplo estudo, foi possível, ainda, perceber que atualmente a Lei 12.850/13, que trata a respeito das organizações criminosas, previu novo procedimento para aplicação da delação premiada e, desta maneira, por analogia poderá ser aplicada pelos Magistrados como base legal quando da utilização da delação premiada no âmbito da persecução penal. Na mencionada lei encontra-se as regras de valoração da delação premiada, tais como a corroboração, corroboração cruzada, dentre outras, sempre visando a melhor análise probatória que será realizada pelo n. Magistrado.

APOIO

Fabiano Augusto Petean (Orientador)
PIBIC Mackenzie

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à Lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de combate ao crime organizado: Lei Nº 12.850/13**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: textos, comentários e aspectos polêmicos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro: bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/12**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Artigos da internet e Jurisprudência

BADARÓ, Gustavo. **O Valor Probatório Da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13***. Consulex, n 443, p. 26-29, fev. 2015. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=257171>>. Acesso em: 28 julho. 2017.

CARATA, Fabrício Dornas. **Colaboração premiada: reflexões sobre o seu valor Probatório e a postura do magistrado na sua avaliação**. Out. 2015. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2015/colaboracao-premiada-reflexoes-sobre-o-seu-valor-probatorio-e-a-postura-do-magistrado-na-sua-avaliacao-juiz-fabricio-dornas-carata>>. Acesso em: 28 julho. 2017.

ESSADO, Tiago Cintra. **Delação premiada e a idoneidade probatória**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 101/2013. p. 203-227, mar./abril. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/documnt?&src=rl&srguid=i0ad81815000001542f4d4030385a2fc0&docguid=l60c35180961c11e2b253010000000000&hitguid=l60c35180961c11e2b253010000000000&spos=15&epos=15&td=55&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 abril. 2016.

HAYASHI, Francisco. **Entenda a “delação premiada”**. Disponível em <<http://franciscohayashi.jusbrasil.com.br/artigos/138209424/entenda-a-delacao-premiada>>. Acesso em: 19 abril. 2016.

PARANAGUÁ, Rafael Silva Nogueira. **Origem da delação premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/112140126/origem-da-delacao-premiada-e-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 19 abril. 2016.

PASTRE, Diogo Wiliam Likes. **O instituto da delação premiada no direito processual penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130426105026.pdf>. Acesso em: 19 abril. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. HC 127483/PR. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJe de 04/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 19 abril. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 302122/SP. Relator: FISCHER, Felix. Publicado no DJe de 11/06/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402110206&dt_publicacao=11/06/2015>. Acesso em: 19 abril. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 19 abril. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm>. Acesso em: 19 abril. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 19 abril. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 19 abril. 2016.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Política sobre Drogas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 19 abril. 2016.

BRASIL, Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 19 abril. 2016.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.648, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 abril. 2016.

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL, A PALAVRA DA VÍTIMA E O *IN DUBIO PRO REO* – A PSICOLOGIA COMO FERRAMENTA JURÍDICA DE EQUILÍBRIO

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 21/07/2020

Tércio Neves Almeida

Mestrando em Direito da Saúde (UNISANTA)

<http://lattes.cnpq.br/1351475809343913>

Rosemar Cardoso Fernandes

<http://lattes.cnpq.br/1278941834382176>

Lissa Caron Sarraf e Silva

Mestre em Direito da Saúde (UNISANTA)

<http://lattes.cnpq.br/6832724325038083>

Fernando Gomes de Castro

Advogado e Mestre em Comunicação pela
Universidade de São Paulo (USP)

<http://lattes.cnpq.br/5847196452842782>

RESUMO: Considerando a disparidade entre a acusação e a defesa em crimes de Estupro de Vulneráveis, a Psicologia deve se posicionar sobretudo em proteção às vítimas e, com especial atenção, investigar possíveis incertezas acerca da culpabilidade dos acusados. Adotar como ponto de partida a possibilidade da absolvição, ainda pelo crivo da dúvida. Este artigo é pesquisa qualitativa – bibliográfica. Segue método dedutivo que de observações gerais chega a conclusões pontuais. Conclui que laudos psicológicos solicitados nos

procedimentos oficiais não podem se posicionar com alinhamento automático à acusação, atribuindo-lhe juízo de certeza, posto que neste viés em vez de contribuições, promovem confusões. À medida que os depoimentos isolados das vítimas se tornam praticamente a única prova, sob fundamento de que os fatos costumam ocorrer na clandestinidade, relega-se a um plano secundário o princípio *in dubio pro reo*, e se admite que a alegação da parte supostamente ofendida prevaleça em relação à versão defensiva. Rejeita-se literatura psicanalítica coletiva, influenciada pela abordagem persecutória jurídica. Em julgados, muitas distorções decorrem de atribuir capacidade jurídica a depoimentos de crianças, pois, supondo estar defendendo vulneráveis contra abusadores, propiciam legitimar fantasias, as falsas memórias dos relatos infantis, que acabam adotadas como versões verdadeiras. Julgados sem balizamento científico, negam por completo princípios do Direito e os rudimentos da Psicanálise acerca de desejos de crianças – como se absolutamente desprovidas de capacidade de avaliar ações. Ilações subjetivas de magistrados, sem qualquer amparo, corroboram com injustiças, ou, o que é pior, prejudicam o desenvolvimento da sexualidade natural das vítimas que passam

a inscrevê-la nos registros da pulsão e do fantasma da perversidade. Assim, de um lado a investigação de psicanalistas e, de outro, de assessoria ao Poder Judiciário como psicólogos. Abre-se aqui a questão, que é saber até onde há saberes psicológicos em uma abordagem jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Estupro de vulnerável. Depoimentos de Vítimas. *In dubio pro reo*. Psicologia.

CHILD SEXUAL ABUSE – VICTIM’S TESTIMONIAL AND IN DUBIO PRO REO – PSYCHOLOGY AS A METHOD TO JUSTICE

ABSTRACT: Considering the disparity between prosecution and defense in crimes of Children’s Abuse, Psychology must position itself above all in protecting the vulnerable victims and looking for possible uncertainties about the culpability of the accused. Adopt as a starting point of the analysis the possibility of absolution, still due to doubt. This article is a qualitative research – bibliographic. It follows a deductive method that from general observations reaches specific conclusions. Psychological reports requested in the official procedures cannot be positioned with automatic alignment to the prosecution, giving it a certainty of judgment. Instead of contributions, they promote confusion. As the isolated testimonies of the victims become practically the only evidence, on the grounds that the facts usually occur in hiding, the principle *in dubio pro reo* is relegated to a secondary plan, and the allegations of the allegedly offended part is admitted as true, prevailing over the defensive version. At the same time, collective psychoanalytic literature appears, influenced by the legal persecutory approach. From judgments, many distortions result from attributing legal capacity to children’s testimonies. Supposing they are defending vulnerable people against abusers, fantasies are often legitimized, the false memories of children’s stories, which end up being adopted as true versions. Judgments without any boundaries, they completely deny principles of Law as well as the rudiments of Psychoanalysis about children’s desires – as if absolutely lacking in the ability to evaluate actions. Subjectivity of magistrates, without any scientific support, corroborate injustices, or, what is worse, hinder the development of the natural sexuality of the victims who start to inscribe it in the registers of compulsion and the ghost of perversity. Thus, on the one hand, findings of psychoanalysts and, on the other, advising the Judiciary as psychologists. In terms of the interface between psychology and law, the problem is transmitting this knowledge between professions.

KEYWORDS: Child sexual abuse. Victims Allegations. *In dubio pro reo*. Psychology.

Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas (...). Ruy Barbosa, “Novos Discursos e Conferências (1933)

1 | INTRODUÇÃO

No que tange à reprovabilidade, pelo modo brutal e covarde que atinge as suas vítimas com violência física e psicológica, o estupro de vulnerável é o crime que mais causa indignação em toda a sociedade. E os registros de ocorrências crescem significativamente no País¹.

A repulsa que provoca a anormalidade compreendida à personalidade dos potenciais criminosos proporciona candente realidade. Ao ponto de promover discussão de imprescritibilidade, pena de morte e castração química, o que revela a capacidade de confundir os institutos modernos do Direito.

Por outro lado, a dificuldade de se estabelecer a verdade faz com que seja o crime mais sujeito a injustiças – especialmente quando não há sinais que possam ser analisados por exame de corpo de delito. Recorre-se às alegações das vítimas como principal meio de prova, consoante a justificativa de ausência de alternativas para os tribunais.

Ou seja, vereditos resultam da insegura opção que resta para se tentar esclarecer fatos e acabam por outorgar ao magistrado excepcional autonomia de poder, conforme sensibilidade pessoal, para impor convicções particulares e condenar com penas severas, mesmo havendo considerável margem para a dúvida. Com amparo em interpretação subjetiva de declarações fragilizadas, depoimentos que sequer podem ser inquiridos pelo receio de constituir mais agressão.

A complexidade aumenta mais ainda, quando se depara com o problema de que as ocorrências se concentram mais no âmbito doméstico, onde as vítimas, além dos abusos, costumam sofrer influência familiar acerca do teor de seus depoimentos, que dificilmente não se deixam contaminar.

Imperioso reconhecer que esse fenômeno ameaça os direitos dos acusados, sobretudo o princípio *in dubio pro reo*, que é uma das principais garantias processuais do direito penal e que deve ser assegurado. De tal maneira, que se aponta um enigmático quadro de antagonismo entre a valoração da palavra da vítima e a ampla defesa do acusado. Paradoxo que precisa ser enfrentada por caracterizar uma lacuna no ordenamento jurídico. Aderir a um dos lados e aniquilar o outro é uma concepção reducionista que pode promover impunidade ou condenações injustas.

O ponto de partida do estudo são as evidentes limitações do Direito frente ao problema, razão pela qual esse se aproxima dos conhecimentos científicos fornecidos por outras áreas, o chamado sistema interdisciplinar, que em sua maior parte incorpora e aplica saberes da Psicologia. Sendo o processo aberto e dinâmico, ao se admitir a existência de uma lacuna específica, surge o problema de seu preenchimento padronizado e adequado a auxiliar a instrução processual. A atividade interdisciplinar é parte integrante

1 <https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencia-sexual/tres-criancas-ou-adolescentes-sao-abusadas-sexualmente-no-brasil-a-cada-hora/>

do processo, portanto tem legitimidade o seu emprego para esse fim.

Destarte, o objetivo deste trabalho é analisar a estrutura jurisdicional dos processos que envolvem estupro de vulneráveis e o uso da Psicologia para elevação da acurácia da verdade e certeza em processos tão sérios e delicados. O que se espera, a contar com a proposta interdisciplinar para este crime, é uma real superação do modelo tradicional de sistema jurídico-institucional, à medida que se tenta afastar de suas rígidas convenções técnicas, para uma estrutura capaz de enfrentar antagonismos sociais e eventuais injustiças providas de parcialidade. Realizar ações além das expectativas imediatas e dicotômicas da ciência jurídica na solução dos conflitos, que se mostram insuficientes para as adversidades deste problema.

No entanto, incorporar outros matizes científicos traz a necessidade de compreensão de terminologias e conceitos, para que as disciplinas possam dialogar. Métodos e procedimentos precisam ser bem esclarecidos, a linguagem precisa ser multiforme e heterogênea (FIORIN, 2008).

Deste modo, a interdisciplinaridade no âmbito das ciências jurídicas pode ajudar ao apresentar elementos na própria análise do direito penal, mas exige cuidados para lidar com a tensão permanente entre os objetivos das ciências: o Direito tenta criar uma Psicologia punitivista e dela extrair explicação geral do crime a partir de uma visão universalizante deste. Enquanto que, por outro lado, sobretudo ante as críticas aos princípios da culpabilidade e legitimidade, as diversas teorias da Psicanálise, e suas vertentes que tratam das perspectivas biológica e ambiental da personalidade de um agente, dedicam a propor ações reformadoras sociais com foco coletivo, sendo que o que se espera para a solução da questão criminal são termos individuais (DE SÁ, 2007).

Além disso, colaborações de psicólogos, que costumam atuar com assistentes sociais, devem seguir linhas neutras e imparciais, em conformidade com as leis. A disciplina do Direito não admite vínculo a preconceitos, ideologias e paixões. Teorias psicológicas correspondem a distintas correntes de pensamento não padronizadas que precisam ser examinadas com muita cautela. Certas convicções pessoais podem se acomodar confortavelmente ao prestígio do julgador e fazer parecer, ingenuamente, preto no branco, o que na verdade são zonas cinzentas de dúvida que podem definir discretamente rumos que o Direito toma como certeza.

Demonstra-se que o Direito Penal – alicerçado no princípio da legalidade e seus derivados, que impedem que alguém seja acusado, e muito menos condenado, sem tipo penal taxativo que abarque a conduta reprovada, isto é, sem uma solução estritamente legal – faz com que o papel que a interdisciplinaridade amparada na Psicologia possa desempenhar, ao atuar em um processo, seja excelente instrumento para constatar e preencher lacunas, identificando, caso existam, pontos de dúvidas. Jamais afiançar certezas. Mormente por estar tratando de crimes sexuais, impedir que disparidades se convertam em percepções aos olhos do julgador, enganos nos reconhecimentos que

podem arrastar a deploráveis erros na Justiça Penal.

2 | DEFINIÇÕES JURÍDICAS E CONCEITOS IMPORTANTES

Tratando-se do uso interdisciplinar de áreas distintas, necessário descrever balizamento para uso das ciências em conjunto.

O artigo 217-A do Código Penal Brasileiro tipifica a prática de estupro de vulneráveis e prevê penas extremamente severas, sendo crime classificado como hediondo pelo artigo 1º, inciso V, da Lei nº 8.072 de 1990.

A atual expressão vulnerável particularmente corresponde, para a devida tipificação, ao grupo de pessoas que não possui a livre capacidade de entender e de querer o que seja o ato sexual. Devidamente analisada, comporta presunção *juri et de juri* de violência, ou seja, o consentimento da vítima não exclui o delito, pois os vulneráveis não têm autodeterminação para a prática de qualquer ato de natureza sexual, entendido como tal toda a conduta que venha a satisfazer o apetite sexual de quem a pratica. São os menores de 14 anos, enfermos ou doentes mentais, ou quem, por qualquer causa, não pode oferecer resistência.

Apesar de ser um crime bem definido, há a dificuldade em apurar se de fato tais condutas foram praticadas, quando não há qualquer prova material que confirme os fatos.

Os principais meios de prova usados no poder Judiciário são assuntos de grande polêmica, posto ser crime de acentuada hediondez que acontece na clandestinidade, onde apenas a suposta vítima e o infrator estão presentes. Como a obtenção de provas é dificultada, os depoimentos das vítimas assumem basilar importância.

Impõe ao Direito a reflexão diante de um dilema, considerando os dois aspectos igualmente importantes:

1º) É inconcebível não levar a sério depoimento de uma ofendida que descreve ter sofrido violência de tamanha gravidade;

2º) Porém, não se pode descartar as falsas memórias, fantasias e, o que é pior, o aumento significativo de falsas denúncias, na maioria das vezes tendo como pano de fundo alienação parental, ou ainda interesses patrimoniais e financeiros, muito comuns em processos de dissolução familiar. (ALMEIDA, SILVA e CARDOSO, 2017)

Em que medida a aceitação isolada do depoimento da vítima, como meio de prova de um crime, viola o princípio da presunção do *in dubio pro reo* nos tribunais?

Para que haja validade, ambas as perspectivas devem ser igualmente observadas, visto que adotar apenas uma não oferece segurança de que se está indo pelo caminho certo. Relativizar garantias processuais prejudica não somente os princípios da Inocência e *In Dubio Pro Reo*, como também mitiga para o acusado os valorosos princípios do Contraditório e *Onus Probandi*, o que, como consequência, resulta em claro cerceamento de defesa.

A possibilidade de defesa deve ser mais ampla, legal e justa possível, tendo em vista a gravidade da acusação que corresponde a severa punição e proporciona sérios reflexos e estigmas sociais.

Do princípio da inocência deriva a regra probatória ou de juízo *in dubio pro reo*. O que é confirmado no artigo 386, VI e VII do Código de Processo Penal (LIMA, 2011, p. 15). Lecionou o notório constitucionalista, Ministro do STF Alexandre de Moraes, no julgamento em 19 de maio de 2020, Habeas Corpus de nº 170.117, que o princípio da dúvida a favor do réu desautoriza, por completo, qualquer decreto condenatório, *in verbis*:

Presunção de inocência exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio do devido processo legal. É previsão de nossa Constituição, é previsão de todas as constituições democráticas. Clássica previsão do artigo 9º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, que já dizia “todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado”. Há, portanto, a necessidade do Estado acusador comprovar a culpabilidade do indivíduo mediante o contraditório, que é constitucionalmente previsto.

Prevalece até o dia de hoje como valor universal que o ônus da prova é do Estado. A acusação deve suportar o fardo de provar a culpa sem qualquer assistência voluntária do réu. Como contraponto, nestes casos é considerada fonte de prova a palavra da vítima.

Assim, como forma de mitigar o problema de ausência de provas, conflito de leis e de princípios, vem a Psicologia como ferramenta jurídica para contribuir tecnicamente de modo relevante nestes casos complexos e delicados.

3 | O USO DA PSICOLOGIA E A SOCIEDADE PUNITIVISTA:

Meio de prova que está sendo inserido e que aos poucos está sendo utilizado é o exame psíquico nas vítimas. Não é razoável que o perito comece a análise de um caso pressupondo que o fato delituoso tenha ocorrido.

A Psicologia deve assumir papel relevante nesse cenário de antagonismos entre a “palavra da vítima” e o *in dubio pro reo*. Reconhecer as falsas memórias devido, principalmente, a suas implicações legais relacionadas à habilidade de crianças em relatar fidedignamente fatos não vivenciados.

Estudos de Freud aproximaram em algumas oportunidades o campo da Psicanálise da prática judiciária. De suas experiências, alertou sob os elevados riscos do veredito de um tribunal sustentar ou ter como referência as investigações psicanalíticas (BARRA, 2007). Advertiu em relatórios que escreveu acerca de casos criminais: o primeiro, em 1922, quando fez um memorando para a defesa num caso de estupro, material que infelizmente se perdeu, e o segundo, em 1931, quando lhe pediram que examinasse o parecer de um especialista num caso de parricídio.

Tanto num trabalho como no outro, demonstrou enfaticamente sua preocupação de que não fossem feitas aplicações indevidas e ineptas da teoria psicanalítica nos processos

legais, na medida em que ela não pode colaborar nas decisões do Direito sobre a culpa e o castigo.

Alguns pesquisadores têm destacado os riscos de certas técnicas de entrevista forense na qualidade e na confiabilidade das declarações de crianças (Brainerd, Reyna, & Ceci, 2008; Henry & Ggudjonsson, 2004; Pisa & Stein, 2006).

Embora muitas pesquisas encontrem resultados aparentemente consistentes, cabe lembrar a recomendação de Tavares (2003), que afirma que um instrumento de avaliação psicológico não pode ser considerado validado simplesmente porque ele atende a alguns requisitos estatísticos, mas sim que ele deve permanecer em um contínuo processo de validação. Considera-se que achados nestes estudos estão mais propensos a sustentarem dúvidas acerca da culpabilidade de um acusado. Emprega-se técnicas que não podem servir de embasamento para uma acusação e muito menos para condenar.

Devem estes profissionais dar enfoque à premente e basilar proteção da vítima e ter seu olhar voltado a tentar identificar a possibilidade de dúvidas acerca da ocorrência de abuso. Considerando as dificuldades que a defesa do acusado enfrenta perante a presunção de veracidade das alegações da vítima, dentro desse sistema de considerável disparidade de armas entre a acusação e a defesa.

Com isso, caso encontre incertezas, auxiliar com subsídios que possam confirmar a inocência de alguém que esteja sendo acusado injustamente deste crime extremamente repugnante.

Uma das maiores autoridades mundiais da Psicologia Forense, o norte americano Matthew T. Huss (2011, pgs.141/152), entende para esses casos iniciar pela investigação psicossocial do réu. Os estudos de Huss com propriedade sustentam que transtornos e patologias costumam ser evidenciados com muito mais facilidade no eventual autor do que nas próprias vítimas.

O perito psicólogo que ouve somente testemunhas de acusação está sujeito a ser induzido por uma falsa versão quando se tratar de denúncia falsa engendrada com fins escusos (alienação parental, ou conflitos familiares em que há disputa por interesses patrimoniais e financeiros).

Infelizmente é cultura disseminada pelos tribunais de nosso País.

Perceptível esse aspecto na tese de doutorado de Consuelo Biacchi Eloy (2012, p.92), “Psicologia e Direito: representações judiciais nos casos de abuso sexual na infância”:

A história da criança e da suspeita de molestação sexual precisa ser conhecida e compreendida pelo psicólogo, **que é orientado tanto pelas informações contidas no processo judicial quanto pela narrativa da vítima e de sua família.** Os acontecimentos que envolveram a criança, suas lembranças e a realidade presente interessam para análise, seja no ambiente da entrevista, **seja nos aspectos que se revelam nas entrelinhas da fala da vítima, em seus conflitos e contradições.** (grifamos)

A perita conversa com as pessoas que estão acusando, tem acesso aos autos, onde somente se encontrarão elementos acusatórios vinculados à denúncia. Sublinha-se que

nesta fase do processo dificilmente a tese da defesa estará acessível, tendo em vista que costuma apresentar a sua versão somente nas Alegações Finais (Princípio Contraditório).

O papel que desempenha a perita é de produção de provas, não se trata de intervenção terapêutica na vítima. Portanto, jamais poderia deixar de escutar a versão defensiva, cuidado que sob a ótica do Direito é indispensável para haver imparcialidade de opinião.

Ouvir somente uma das partes, implica que, caso esteja a profissional diante de falsa acusação, grandes probabilidades de se iludir pela inverdade, o que acarreta que a inserção da Psicologia acaba por desempenhar um papel negativo, capaz de contribuir com acusação injusta a um inocente e até com prática de extorsão.

E ainda – com todas as letras confirma a perita – tenta compreender as “contradições” da vítima. Ou seja, ao que parece, acaba por tentar dar lógica ao que restar de ilógico no depoimento que imputa culpa ao acusado.

As contribuições periciais com ênfase em tentar robustecer a acusação precisa ser revisto. É entendimento minoritário e assaz controvertido entre os psicólogos que esse tipo de avaliação, muitas vezes realizado em uma única sessão, tem capacidade de identificar algum elemento que permita manifestar juízo de certeza da ocorrência de abuso.

Pode-se concluir por Castañon (2009), ser uma ótica extremamente reducionista da Psicologia o seu uso com o fim de se chegar a tais conclusões. Portanto, em hipótese alguma pode ser adotada como política de estado para imputação de crime com penas das mais elevadas. Além dos estigmas que a associação a um delito dessa natureza impõe ao indivíduo por toda a sua vida.

Infelizmente, nossos tribunais estão repletos de profissionais que emitem laudos que nada condizem com Psicologia Humanista. É como se tais profissionais utilizassem um software instalado pelo Ministério Público, para agir de maneira persecutória. Neste sentido:

O reducionismo fiscalista em psicologia tem sido severamente criticado desde Husserl (1901/1975), e suas limitações filosóficas são bem conhecidas (sobre as formas contemporâneas desta tese como o materialismo eliminativo, ver Araujo, (2003); sobre o construcionismo social, ver Castañon, (2004a, 2004b)). Mas foi só com o advento da metáfora computacional (Neisser, 1967), originada das teses funcionalistas de Putnam (1961), que a psicologia ofereceu uma resposta a este problema que eliminou o fantasma da falta de objeto próprio que a ameaçava desde seu surgimento. Para o funcionalismo, o reducionismo é muitas vezes inaplicável a uma ciência porque seu objeto é fruto de propriedades emergentes de organizações complexas de elementos constituintes mais básicos. Assim, funções psicológicas são propriedades emergentes de um cérebro, assim como softwares são propriedades emergentes de organizações específicas de um hardware. O entendimento de um determinado padrão de processamento de informação não requer o entendimento da forma pela qual ele está sendo fisicamente processado. **Dessa forma, ao menos no que diz respeito às funções cognitivas, a Psicologia teria um objeto irredutível a objetos de outras disciplinas.** (CASTAÑON, 2009) grifo nosso.

A Psicologia não pode ser, para estes casos, reduzida a uma ciência natural

dedutiva. Empregá-la com o propósito de buscar provas para acusar é um contrassenso às bases da Psicologia e do Direito.

Neste mesmo sentido, Huss (2011, pgs.141/152) discorda enfaticamente do emprego de investigações científicas para se identificar responsabilidades penais incriminadoras – se cometida ou não determinada agressão. Argumenta que mesmo um indivíduo que tenha um determinado desvio, traços que o identifiquem pedófilo por exemplo, não é suficiente para se concluir que tenha transformado em ação e necessariamente cometido o crime.

Certo é que o oposto, isso é, a ausência de desvios identificados pelos pesquisadores, pode ser utilizado em benefício do réu, ou seja, argumentado em sua defesa.

O objetivo final ideal da Psicologia deve ser uma completa descrição do que significa estar vivo como ser humano e da variedade de experiências que lhe são possíveis (De Carvalho, 1990). A dignidade humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades, e ocorre que inexistência de consenso acerca do reconhecimento de uma linha de visão científica ou filosófica possibilita decerto seja utilizada para suscitar a dúvida, mas de maneira alguma a certeza de uma acusação.

Ou seja, é mecanismo que, se bem empregado, pode ser instrumento valoroso a esse aparentemente insolúvel paradoxo entre a palavra da vítima e o *in dubio pro reo*.

3.1 Laudo Psicossocial: Notas Sobre Interdisciplinaridade:

O ideal imperativo da neutralidade na prestação jurisdicional é alicerce do Estado e do Direito moderno. Embora uma utopia, as concepções mecânicas da função jurisdicional seguem a dinâmica dos elementos fato, valor e norma, segundo a qual se dá a formulação da sentença.

Ocorre que não existe uma dinâmica estática entre tais elementos. Como assinala Miguel Reale (1999, p. 510), acontece na verdade “apenas um predomínio ou prevalência de sentido, e não uma tripartição rígida e hermética de campos de pesquisa”. E conforme expandido, em casos de estupro de vulnerável, o laudo psicossocial assume especial utilidade, mormente quando a instrução se revela confusa, com falta de exames de corpo de delito ou ainda quando a única prova é o depoimento da vítima vulnerável.

Emerge uma linguagem jurídica que se depreende de suas dogmáticas, ao ponto de propor valoração a alegações das vítimas que reconhecidamente – sob ótica da Psicanálise – são instáveis e sujeitas à construção de falsas realidades, quer por indução externa ou não. O papel do psicólogo nesse ambiente passa a ser mais do que assessorio, passa a ser a única maneira de se compreender certos valores envolvidos.

O desafio é claro quando se identifica os riscos de se permanecer em um modelo em que cada ciência fica falando sua própria língua, como que em uma torre de Babel, especialmente quando se percebe a relevante semiótica do poder preponderante a fazer

uma leitura jurídica da Psicologia, que resulta em desastrosas inferências de opiniões pessoais de promotores e magistrados sem qualquer fundamento acadêmico, como que se o subjetivismo do objeto da Psicologia chegasse ao ponto de acolher opiniões pessoais mais diversas, que são meras especulações intuitivas que nada têm a ver com ciência.

A complexidade ainda aumenta mais, ante a premissa indissociável do tridimensionalismo específico, que assinala ser logicamente inadmissível desenvolvimento de estudos mediante análises em separado do fato, do valor e da norma, como se gomos ou fatias de uma realidade decomponível. Qualquer pesquisa sobre o Direito deve implicar a consideração concomitante daqueles três fatores. (REALE, Miguel, 1999, p. 513)

A respeitar a insurgência de Reale contra a generalidade, a sustentar que o Direito é tridimensional, a Psicologia é um fator que precisa impor, quer em seus modelos de estudo filosóficos, sociológicos ou de ciência pura, e caracterizar a sua semiologia de maneira a participar com sua visão analítica (que disciplina objetos subjetivos). Sem permitir a contaminação pela dogmática do Direito que enxerga o processo de funcionamento dos comportamentos sob um prisma cartesiano, que a Psicanálise sob esse viés não se adequa.

Ou seja, a maneira como as linguagens das ciências irão ser interpretadas é algo que precisa de muita cautela e disciplina. A lei não exige formação jurídica daqueles profissionais, que se utilizam de embasamento teórico e metodologias próprias das suas áreas de atuação na realização da escuta ativa, sensível ou oitiva qualificada, que precede a elaboração dos laudos técnicos. Por serem técnicos-especializados, os laudos periciais não estão sujeitos à revisão por parte dos órgãos judiciais, a quem cabe apenas ofertar quesitação ou esclarecimento adicional.

Por sua vez, não se exige do operador jurídico formação em Psicologia para conduzir a instrução processual em casos de estupro de vulneráveis. Nesse nicho criminal, o Direito e a Psicologia devem ser complementares e não excludentes. Por isso, a equipe é interdisciplinar.

Nessa seara, salutar trazer à baila a definição dada por Basarab Nicolescu (2001, apud, BICAIO, 2011), para quem a interdisciplinaridade corresponde à busca da integração de conhecimentos por meio do estudo de um objeto de uma mesma e única disciplina ou por várias delas ao mesmo tempo. As principais características podem ainda ser elencadas:

- a) aproximação de diferentes disciplinas para a solução de problemas específicos;
- b) diversidade de metodologias: cada disciplina fica com a sua metodologia;
- c) os campos disciplinares, embora cooperem, guardam suas fronteiras e ficam imunes ao contato (DOMINGUES, 2005, p.22).

Embora complementares, deve-se ter em mente que as áreas do conhecimento que

passam a atuar em conjunto originariamente não se prestam ao mesmo fim. Enquanto a persecução penal busca averiguar a materialidade, autoria e circunstâncias do crime, o estudo psicológico visa colher a compreensão que a pessoa analisada tem acerca do ilícito, por meio da modalidade de escuta adequada à complexidade dos fatos, considerando o contexto social sob foco. Assim, o laudo psico-sociológico não deve substituir a produção de outras provas em direito admitidas, mas ser analisado em conjunto com estas.

Destaque-se, também, que não há hierarquia de provas no sistema processual penal brasileiro, teor do que dispõe o artigo 155 do Código de Ritos Penais: “ O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”. Assim, as provas devem ser analisadas em sua globalidade, não tendo uma, valor superior à outra.

Não obstante, a ideia acima posta não é uniforme na jurisprudência nacional. Vemos recorrentes casos de condenação por estupro de vulnerável baseados apenas em depoimento de vítima, sem exame de corpo de delito ou laudo psicossocial. Muitas vezes, diante de caos de alienações parentais mal interpretadas.

Embora a lei tenha intencionado maior rigor na reprimenda de crimes dessa natureza, importante ressaltar que em casos concretos pode haver necessidade de múltiplos métodos a serem utilizados pelos peritos para lavrar o laudo psicossocial, sob pena do mesmo legitimar uma inverdade capaz de subsidiar uma condenação indevida.

Segundo Edgar Morin, todo conhecimento é produzido após uma tradução e, por conseguinte, reconstrução de uma realidade apreendida e, por isso, está sujeita ao erro. Ainda, segundo o filósofo francês, “É preciso substituir um pensamento disjuntivo e redutor por um pensamento do complexo, no sentido originário do termo *complexus*: o que é tecido junto” (MORIN, 2002, p.89).

Assim, ao compulsar os dados fornecidos pela pessoa legalmente vulnerável, a equipe multidisciplinar deve ter como ponto de partida a premissa de que no processo de “tradução” do que foi dito para o que de fato ocorreu, podem ocorrer alterações da experiência investigada. Destarte, conforme aduz Luciano Haussen Pinto:

(...) há sérios riscos envolvidos nos casos em que a palavra da testemunha é a única prova. Por isso, a importância de que todos atores do campo jurídico tenham mais conhecimento sobre a memória humana, não ignorando e/ou negligenciando a sua natureza falível e todas as variáveis relevantes que a circundam (PINTO, 2015, p.13).

Conforme já foi explanado em linhas pretéritas, em casos de estupro de vulneráveis é muito comum a ocorrência de falsas memórias nas vítimas e/ou testemunhas. Falsas memórias podem ser espontâneas, normal para psicologia em alguns casos específicos ou, ainda, as sugeridas por fatores ou sujeitos externos. Com capacidade de viciar a prova que nelas se baseia, motivo pelo qual se exige da equipe multidisciplinar peculiar preparo para lidar com o risco de não reproduzir falsas memórias como situações verdadeiras em

seus laudos.

Técnicas de entrevista embasadas em conhecimentos científicos sobre o funcionamento da memória se revelam eficazes na coleta de informações detalhadas e com maior chance de serem verossímeis em relação à realidade. Nesse cenário, a entrevista cognitiva desenvolvida por Edward Geiselman e Ronald Fisher surge como técnica clássica de interrogatório, fazendo uso de elementos da Psicologia Social (Cognitiva), com vistas a obtenção de depoimentos detalhados e com maior grau de precisão dos dados fornecidos (STEIN, 2010, p.210).

Huss (2011) entende que avaliar os agressores sexuais é de maior importância do que as vítimas, porque neles estarão presentes os distúrbios correspondentes.

Sedimentado como primeira regra a seguir é que se torna necessário reduzir as perguntas ao mínimo possível, procurando fazer com que a criança fale de modo espontâneo; a segunda regra é que as perguntas deverão ser feitas de maneira a não conterem sugestões e não revelarem opinião de quem interroga; a terceira regra, é que não devemos contentar-nos com respostas lacônicas, com monossílabos afirmativos ou negativos, pois a criança diz, por vezes, sim ou não indiferentemente; a quarta regra, é que se a narração for fragmentada e incompleta, e se verificarmos que, ao repeti-la, a criança não acrescenta outros pontos, não devemos forçá-la a pormenorizá-la e a completá-la, se não quisermos vê-la introduzir na narração elementos de pura fantasia.

Note-se ainda que, habitualmente, a criança diz sim. Influi inconscientemente sobre isso o desejo de estar de acordo com a pessoa que interroga e que lhe faz ver na afirmativa uma resposta mais correspondente ao que essa pessoa espera. Acrescente-se que, assim, a criança encontra a solução *num lacônico monossílabo*, cada vez que se vê embarçada. Se já foi anteriormente interrogada, recitará o que disse da outra vez por inspiração alheia. A criança pode ser facilmente influenciada judicialmente e ser perigoso instrumento nas mãos de um malvado que, sem grandes dificuldades, pode induzi-la a falsos depoimentos e falsas acusações. É como que um mimetismo psicológico que triunfa da incerteza da percepção (ALTAVILLA, 2003).

Conforme lição da psicóloga Lílian Stein, a entrevista cognitiva contempla cinco etapas: o *rapport*², a recriação do contexto original, a narrativa livre, o questionamento e o fechamento (STEIN, 2010).

O método exige, preliminarmente, que o analisado esteja em ambiente confortável. Por meio da entrevista cognitiva, a vítima passa por avaliações em que é submetida a testes e tem a oportunidade de recordar dos fatos sob diferentes prismas, o que permite à equipe multidisciplinar identificar a ocorrência das falsas memórias de forma mais segura, do que em um depoimento inquisitorial ou judicial clássico.

A desvantagem do método é quando ausentes formação específica da equipe multidisciplinar e o tempo exigido para percorrer todas as etapas. Geralmente, na

² Técnica também conhecida como espelhamento, cuja finalidade é estabelecer empatia com a outra pessoa.

grande maioria das Comarcas, em casos onde ainda há vestígios materiais do crime, os vulneráveis são encaminhados rapidamente para se submeterem a exame de corpo de delito, procedimento antecedido de uma oitiva mal elaborada, por profissionais sem formação especializada. Nesses casos, a produção de prova já é eivada de vícios desde a origem.

Quando a persecução penal é fulminada por vícios desde a gênese, é muito comum que os erros procedimentais se perpetuem até decisão final. Lídia Prado narra em livro de sua autoria que:

[...] os fatos nunca são observados diretamente pelo juiz, que tem deles um conhecimento indireto, através dos depoimentos das testemunhas, da análise dos documentos, das opiniões dos peritos, etc. [...] o juiz, ao analisar um depoimento, deixa-se influir, inconscientemente, por fatores emocionais de simpatia, de antipatia, que se projetam sobre as testemunhas, os advogados e as partes. As experiências anteriores do julgador também podem acarretar reações inconscientes favoráveis ou desfavoráveis (PRADO, 2008, p.19).

Crimes de tal natureza causam indignação e revolta não apenas nas vítimas e nos familiares, mas também na comunidade; nem há de se desconhecer as graves consequências advindas da inegável repercussão negativa que causa no meio social. Por outro lado, como é de notório conhecimento da classe jurídica, a probabilidade de uma decisão condenatória ser revisada é mínima. Seja por não ser possível produzir novas provas, reexaminar as já produzidas, por indisposição em revisar entendimentos jurisprudenciais arraigados nas Cortes ou ainda corporativismo.

Com a devida vênia, os danos advindos da errônea valoração probatória nos casos de estupros de vulneráveis vão além das questões eminentemente jurídicas. Ao validar com a coisa julgada uma injustiça construída “sob alicerces legais”, não só se prejudica a vida dos envolvidos no caso em exame, mas todos aqueles que serão destinatários dos precedentes judiciais sobre o tema.

Diante de um sistema jurídico excepcional, em que se sobrevalorizam depoimentos da vítima, não há espaço para ilações. É preciso empregar técnicas adequadas para se analisar uma ocorrência, de modo a respeitar todos os direitos, permitindo que todos se expressem como e quando quiserem. Jamais se acomodar ao descaso da impunidade ou da injustiça

Cabe aos magistrados esgotar todos os efetivos meios de produção de prova. E para isso, não é suficiente a atividade interdisciplinar de Psicólogos, Assistentes Sociais, Médicos e Enfermeiros. É preciso que os profissionais das diversas áreas compreendam as bases analíticas das demais, ou seja, psicólogos precisam entender de Direito e operadores do direito devem ter compreensão de Psicologia, das técnicas e premissas utilizadas pelos profissionais, que muitas vezes são distantes daquelas em que os juízes acreditam se basear os laudos e pareceres (SOUZA, 2014).

Os resultados não condizem com os seus métodos, como no caso da necessidade

de submeter a estudos psicológicos não somente a vítima, mas a família e, sobretudo, o acusado. Inquirições diretas às vítimas, buscando dados sobre os fatos, dada a complexidade do assunto, serão facilmente compreendidos como meios inadequados, pois muitas vezes são procedimentos que produzem falsas memórias e contaminam o processo por completo.

Conveniente adicionar métodos que propiciem o máximo aproveitamento dos recursos acessíveis para mensuração e validação dos fenômenos, introduzindo abordagem interdisciplinar na multidisciplinar aplicação admitida nas normas processuais.

Este é sem dúvida um problema muito distante da superação no estado atual do presente estudo. Na verdade, é limitante afirmar que o objeto da Psicologia deva ser o sentido da experiência. Também parece limitante simplesmente afirmar que questões de sentido e significado jurídico não devam ser consideradas pela Psicologia. Mas é certo que ela não pode estar subordinada ao solipsismo judicial como ciência cognitiva. Simplesmente se configurando como investigação científica, restringindo suas representações a um único modelo e com ele elaborar suposições, das quais intuitivamente espera prever resultados comportamentais.

O que é certo é que procedimentos que não se reconhecem de eficácia plena, jamais podem ser empregados com propósito de incriminar alguém. Suscitar dúvidas, sim. Afiançar certezas que incriminem, jamais!

Nesse mesmo viés, o perito psicólogo Lara Lages Gava (2012, p. 49/51), em sua tese de doutorado, “Perícia Psicológica no Contexto Criminal em Casos de Suspeita de Abuso Sexual Infanto-Juvenil”, faz o seguinte comentário:

[...] O mais conhecido protocolo de avaliação da veracidade do abuso é o Statement Validity Analysis (Vrij, 2005), um método compreensivo global para avaliar credibilidade das alegações de abuso sexual (Steller & Boychuk, 1992). **Esta técnica consiste numa adaptação de um procedimento de análise de credibilidade das declarações que é usado desde a década de cinquenta nos tribunais da Alemanha para lidar com situações em que a única evidência era o testemunho não corroborado de crianças vítimas (Machado, 2005). Alguns autores, contudo, mostram-se céticos quanto ao uso do SVA no contexto jurídico, justificando que a técnica não é segura e devidamente validada para ser utilizada como prova (Brigham, 1999; Davies, 2001; Wells & Loftus, 1991).** Considerando que há uma série de elementos não consensuais quanto à avaliação em casos de suspeita de abuso sexual infantil, junto à concepção de que tal avaliação possui basicamente um cunho qualitativo, pode-se compreender porque não há um padrão ouro na avaliação dos abusos (Herman, 2005) e porque a Psicologia não está próxima de apresentar diretrizes comuns quanto ao tema (Conselho Federal de Psicologia, 2009). Diante da diversidade de ações na prática pericial psicológica em casos de abuso sexual, o presente estudo buscou identificar, no contexto da investigação criminal nos Institutos Médico-Legais (IMLs) do Brasil, as técnicas e ações que estão sendo empreendidas por peritos psicólogos nos casos de suspeita de abuso sexual infanto-juvenil. (grifamos)

Nesta senda, a Psicologia é valorosa na busca de evidências importantes para auxiliar os magistrados a traçar linha divisória, a mais fidedigna possível, entre a presunção de veracidade da palavra da vítima, quando em antagonismo com proposições de um acusado.

Conflito que não pode prescindir das garantias constitucionais asseguradas para ambas as partes. Por outro lado, se houver “ausência de elementos irrefutáveis de prova que sustentem a suspeição do acusado pela ocorrência de crime, a Vara Criminal deve fazer primar o benefício da dúvida, conhecido pelo princípio *in dubio pro reo*” (AMENDOLA, 2009, p. 81).

Embora este princípio se julgue pela indeterminação do fato e encerramento do processo, isso não significa que o acusado seja inocente, restando duas opções possíveis: ou o sujeito é o agressor em que não foi possível juntar provas para indiciá-lo pelo crime cometido, ou é o suspeito que, mesmo sendo inocente de fato, por não haver cometido o crime, levará consigo a mácula da acusação e da suspeição (AMENDOLA, 2009, p. 82).

São processos tão dolorosos que a tendência é que ambas as partes sintam-se desprotegidas. A mácula da suspeição e da acusação corresponde à estigmatização do suposto abusador, ou diria, que relação terá os vizinhos e a comunidade para com a pessoa que foi noticiada ou denunciada por abuso sexual infantil?

Acusações podem ser elaboradas com objetivo proposital, sob motivação. Buscando reduzir os danos, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (UNICEF) determina expressamente que casos correlacionados à violência sexual infanto-juvenil sejam submetidos a avaliação por equipe multidisciplinar, literalmente: “Os Estados Partes deverão adotar medidas destinadas a garantir a adequada formação, em particular nos domínios do Direito e da Psicologia, das pessoas que trabalham junto das vítimas das infrações proibidas nos termos do presente Protocolo”.

A nossa legislação não estabelece os critérios precisos para a aplicação da presunção de veracidade, conferindo um grau de discricionariedade para juízes e procuradores na interpretação desse postulado.

Julgados dignos de nota, são sensíveis e identificam casos de falsas acusações de abusos, quando presentes desavenças familiares, contradições dos depoimentos, notadamente pela hábil atuação de profissional de Psicologia, como ocorreu neste caso, em que a participação da perita foi determinante para o desfecho da ação:

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0002904-23.2010.8.26.0590. APELANTE: ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APELADO: R. A. M. J. Controle 129/2010 3ª Vara Criminal da Comarca de São Vicente. Voto nº 23.432- DESEMBARGADOR FRANCISCO ORLANDO, Relator. ACÓRDÃO, Vistos, relatados e discutidos estes autos da Comarca de São Vicente, em que é apelante/a.m.p DEBORA DOS SANTOS (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é apelado R. A. M. J.. ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U. Compareceu o DR. EUGENIO CARLO BALLIANO MALAVASI.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) e BANDEIRA LINS. São Paulo, 1 de junho de 2015.

[...]

A denúncia afirmou que no dia 10 de outubro de 2009, no período da tarde, na residência

situada na Rua 15 de Novembro, nº 947, Catiapoã, Município de São Vicente, o Apelante praticou ato libidinoso com M. C. dos S. M., menor de catorze anos de idade.

[...]

O réu admite que na data do fato a criança de fato se encontrava na casa dos pais dele, onde a recebia nas datas designadas para visitação, mas insiste que jamais atentaria contra a sexualidade da própria filha.

Não há testemunha presencial.

O caso foi estudado por psicóloga e o trabalho envolveu toda a família interessada. Ao cabo dele, a técnica fez duas observações que devem merecer consideração destacada, em razão da sua importância no julgamento do caso.

Disse ela a fls. 84: “a genitora em todos os contatos mostrou-se indignada e em nenhum momento revelou dúvida a respeito da ocorrência do abuso. A menção da possibilidade do abuso não ter acontecido lhe deixou transtornada. Para ela o pai teria cometido o abuso para lhe atingir pessoalmente, pois estava inconformado com a separação. Durante os contatos (a mãe) pareceu muito ansiosa e refratária a qualquer ponto de vista diferente do seu. Está afastada do trabalho por problemas emocionais e tem os cuidados diários com a filha como única atividade”.

E concluiu o trabalho salientando: “No caso em tela, não identificamos no comportamento da criança, em situação de avaliação, sintomas ou desajuste emocional que podem ser associados às situações de abuso, acreditamos que o relato deve ser validado com cautela, pois atualmente, o número de falsas denúncias de abuso nos casos de Vara de Família aumentou significativamente, ao mesmo tempo em que a criança precisa ser protegida, pode existir um pai que será injustamente impedido de manter contato com a filha, a acusação de abuso sexual é assustadora, porque tem o poder de comprometer de forma profunda a estrutura emocional de uma pessoa. Adulto ou crianças. No estudo não encontramos, além do relato da menina, nenhuma outra evidência que pudesse ser associada ao abuso” (fls. 91).

O ambiente familiar estava conflagrado; ações tramitavam no Juízo da Família; disputava-se a guarda da criança. **Nesse ambiente, não se descarta a possibilidade de que tenha havido orquestração para engendrar a acusação. Por outro lado, apesar da narrativa da vítima, não se depara com qualquer situação que ampare a acusação inicial, desmerecida pela prova técnica e na arguta investigação realizada pela psicóloga que vem tratando do caso.** A prova era mesmo frágil e insuficiente para a condenação por um crime tão grave e infamante.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

(Apelação Criminal nº 0002904-23.2010.8.26.0590. 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, São Paulo, 1 de junho de 2015, Des. FRANCISCO ORLANDO, Relator) (grifamos).

3.2 A palavra da vítima sem obrigatoriedade de validação e o uso atual da Psicologia como ferramenta:

Mostram – Foucault (2003), em “A verdade e as formas jurídicas”, e Akira Kurosawa no filme “Rashomon” (1950), feito com base no conto “No matagal” que Rynosuke Akutagawa

escreveu em 1922 – como a verdade sobre um crime surge pela reunião das visões que são dadas por diferentes espectadores que observaram o mesmo.

A trama de “Édipo-Rei” é completamente baseada em vários testemunhos, que juntos formam a verdade sobre o trágico destino de Édipo.

O conto “No Matagal” relata a morte de um samurai e o estupro de sua esposa por um bandido. Não há narrador no conto, apenas os depoimentos do lenhador, de um monge, da mulher, do bandido e do morto (através de uma médium) a um inquiridor (HEIDEGGER, 1959).

Igual raciocínio se aplica ao crime do estupro de vulnerável, cuja verdade não pode ser alcançada apenas a partir da palavra da vítima, ou a partir da visão subjetiva alcançada pela visão do julgador, mas pela conjuminação dessa com as visões dadas pelo saber de outras ciências como descrito nas linhas acima.

Vertente que vai ao encontro dos estudos de Melhem e Rosas (2013) que, com ênfase, criticam valorar exacerbadamente a palavra da vítima. Para estes notórios juristas, os juízos vêm nadando em sentido oposto, em tempos em que toda a doutrina caminha em rotas de direito penal mínimo. Contestam a percepção do julgador que recepciona os depoimentos da vítima sob critério diferenciado, como se insuscetíveis a erro; e, neste critério privilegiado, assenta todo o trabalho, pelo qual a sua inteligência espera chegar à posse consciente da verdade.

Para justificar tais conclusões, juízes costumam ir além das meras alegações, pois muitas vezes eivadas de contradição, e chegam a definir uma linha narrativa a partir de depoimentos confusos, submetendo as incongruências ao clássico bordão de Enrico Altavilla (2003): “depoimentos verídicos nunca são idênticos, especialmente em um crime como esse em que a emoção promove muita confusão na memória de quem relata”.

A versão completa e definitiva emerge da interpretação do que o magistrado considera verdade ou inverdade. Para isso, descartados detalhes descritos por depoentes favoráveis ao réu, notório o preenchimento de lacunas para dar sentido às contradições, conforme dedução lógica pessoal do julgador, com aspectos que conduzem à convicção da culpabilidade.

Nesse contexto, o empoderamento das mulheres, bem como uma série de medidas sociais, políticas e jurídicas, que visam tutelar crianças e adolescentes, têm justificado expressivos avanços no sentido de proteger quem de fato sempre foi mais vulnerável à violência em todos os sentidos. Em especial no que concerne aos abusos sexuais, cuja cultura machista enraizada foi por muito tempo obstáculo ao direito de se falar ou de se ter coragem de denunciar.

Por isso, com o surgimento dessa nova ordem jurídica, capaz de alicerçar mecanismos eficazes de proteção às vítimas, é visivelmente um revés ter a palavra da vítima configurada como único meio de prova disponível para o crime de estupro. Especialmente porque, como exposto, quase nunca se conta com testemunhas, ou com sinais visíveis

de agressão. Inúmeras decisões passam simplesmente a embasar a materialidade e a autoria fundamentadas em declarações unilaterais de supostas ofendidas.

De acordo com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial vigente, caso as alegações da vítima sejam seguras, coerentes e convincentes, serão suficientes para suplantar o *in dubio pro reo*. Ou seja, parte-se de um pressuposto de que as chamadas falsas denúncias, comuns em situações de divórcio, previstas expressamente na Lei que trata da Alienação Parental, todas essas serão necessariamente inseguras, incoerentes ou pouco convincentes. Os riscos de condenações injustas são evidentes.

Conclusões que derivam de leitura de realidade com base nas entrelinhas de depoimentos em linguagem figurada ou distorcida. Se o critério predominante para aferir credibilidade é segurança, coerência e harmonia nesses intrincados depoimentos, desconsidera-se que há pessoas que mentem com mais firmeza do que tímidos dizem a verdade.

Por sua vez, a precariedade desse meio de prova está insculpida nos motivos que a justificam. Não é uma forma de conjectura razoável:

Em crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, a palavra da vítima assume especial relevância, pois normalmente são cometidos longe de testemunhas oculares, aproveitando-se o agente do vínculo que mantém com a ofendida.

Essa justificativa não esconde a incerteza lógica dessa prova que, por seu intermédio, espera-se desvendar algo de extrema gravidade. Despreza as várias subespécies de incerteza que demonstram que as conclusões assim alcançadas têm mais capacidade relativa de erro do que de acerto.

Enfrentar esse desafio é tarefa para educadores, a começar pela própria cultura, de maneira a se evitar que práticas criminosas não se concretizem quer pelo lado dos supostos agressores, quer pelo aspecto das falsas denúncias ou das falsas memórias, assunções que muitos profissionais não fazem ao sustentar denúncias de abuso sexual.

A Psicologia pode e deve participar no acompanhamento de todas as fases inerentes a esse assunto. Não somente como instrumento coadjuvante do Judiciário, com o intuito de dar mais eficácia ao procedimento inquisitório, mas no âmbito protetivo às vítimas e na percepção desses fenômenos sociais, que precisam ser desvendados de maneira precisa e com riqueza de detalhes técnicos, o que somente uma análise interdisciplinar é capaz de elaborar.

A constatação da veracidade da palavra de uma vítima, quando se trata de uma criança ou jovem envolvida em processo de abuso, não se exaure com uma única e simples interventiva psicossocial. Concluir seguramente diante de um caso real, se de fato ocorreu um ato libidinoso ou uma denúncia caluniosa, exige etapas que podem dar início a estudos multidisciplinares aprofundados, conforme um único caso específico, de onde podem surgir ideias e visões para que o ser humano seja observado de forma consistente e completa.

A partir daí, é possível extrair lições que possibilitarão de maneira mais segura analisar casos futuros. Bem como, possibilitar a adoção de medidas eficazes, de modo a se evitar tanto as agressões, quanto injustas acusações.

O profissional de Psicologia não tem a estrita missão de colher provas. Seu trabalho embora complementar ao do magistrado, faz intervenções mais espontâneas e que são fundamentais na avaliação desses casos. Atividade que não pode ter como objetivo precípuo dar subsídios ao órgão acusador, mesmo porque, a ciência não alcança respostas definitivas nesse sentido. Pode sim, ser um forte aliado da defesa para identificar dúvidas.

Em que pese magistrados ainda considerarem dispensável validar por perícia psicológica a palavra da vítima quando consideram, segundo critérios muitas vezes particulares, mediante método analítico simplista em que emprega sentidos intuitivos e fundamenta no “livre convencimento” que a Lei lhes faculta, por observações pessoais de que há relato isolado harmônico e coerente, tal posição precisa ser revista. E apesar do resultado da avaliação psicossocial não ser suficiente para comprovar a materialidade da violência de abuso sexual, a práxis demonstra que a sua utilização pelo órgão acusatório e pelos próprios magistrados auxiliam a obter maior segurança.

Isso porque, se esses eventos ocorrem em sua grande maioria à revelia de testemunhas presenciais, reforça-se a necessidade de que demais elementos probatórios acompanhem a narrativa acusatória, além do relato da suposta ofendida. A avaliação por Psicologia é um meio relevante e eficaz de maturação da prova. A sexualidade das crianças é um tema difícil de ser abordado, pois apesar de Freud ter chocado a sociedade vienense cem anos atrás, ao propor a ideia de uma infância que se afastava da tradicional noção de pureza e de felicidade ímpar, trazendo à tona uma criança dotada de afetos, desejo e conflitos, ainda hoje temos dificuldade em aceitar a sexualidade infantil proposta pelo fundador da psicanálise.

Em nossa cultura denominada pós-moderna, as crianças se vestem como adultos, têm agenda de executivos e são impelidas a adotar um modelo sexual que muitas vezes ultrapassa sua compreensão. A delimitação entre o mundo adulto e o infantil é tênue e as crianças, muitas vezes, na ânsia de corresponder aos desejos dos pais, ainda que inconscientemente, procuram compensar suas frustrações, corresponder às suas expectativas, apaziguar sua angústia, negando sua própria infância. (Zornig, 2008)

Em acusação de delito perpetrado contra pessoa vulnerável menor de idade, a avaliação psíquica assume um papel protagonista se capaz de perceber o grau de confiabilidade da versão dos envolvidos e orientar o deslinde da ação.

É Trindade (2017), profissional mundialmente conhecido por sua experiência no trato da matéria, quem corrobora as afirmações acima:

“[...] existem indicadores (vulnerabilidade, experiência limitada, labilidade, aspectos de imaginação e simbolização, dentro outros) sugestivos de que crianças de tenra idade são mais suscetíveis a influências tanto de ordem exterior quanto de ordem interior –

estas advindas de seu próprio mundo interno (fantasias) –, seja pelas características da etapa do ciclo vital em que se insere a infância, seja porque a criança ainda está pouco equipada com a carga de experiências que a vida pode emprestar.”

Com isso, embora o resultado da avaliação psíquica não possua força probante suficiente para gerar uma condenação criminal, poderá ensejar uma absolvição, desde que demonstre a incongruência ou impossibilidade de atestar a plausibilidade do alegado pela suposta vítima.

Calçada (2008, p. 44) orienta a “ouvir, analisar, ponderar, refletir, duvidar, perguntar, responder, abalizar, criticar, contribuir, participar e de novo ver, ouvir, observar, avaliar”. Posturas essenciais para os profissionais lidarem com as denúncias de abuso sexual.

4 | CONCLUSÕES

A estratégia metodológica adotada deve observar as diversas correntes de estudo aceitas nos tempos modernos que, embora ofereçam instrumentos avançados para equacionar os intrincados processos legais, carecem de permanente revisão, diante da pluralidade de situações que surgem no mundo globalizante, (FARIA, 1999).

Ratifica-se, em linhas gerais, que pesquisas recentemente realizadas (RIFIOTIS, 2016), nos trazem à lume que processos jurídicos, de modo geral, abrem o espaço privado familiar, tornando acessível a vida dos acusados e das *vítimas*, tradicionalmente preservada sob segredo de justiça, que passam a ter contato com outros prismas científicos que não estritamente o dogmático jurídico.

Algumas narrativas indicam a necessidade de leituras mais críticas sobre os processos de judicialização da vida cotidiana, no campo das relações que exigem tais análises, o que, por vezes, podem coibir práticas equivocadas, descrever, estar atento às circunstâncias e encontrar a forma de dar conta de uma determinada situação. Atividades que exigem muito do pesquisador.

Dentre as inúmeras situações em que se realizam estudos integrados, multidisciplinares, deve-se tomar cautela com os resultados técnicos e a maneira como o direito estabelece aliança com os códigos das demais ciências. Disponibilizar técnica a serviço dos desdobres complexificados dos litígios exige conveniência e funcionamento integrado dos recursos institucionais com profissionais médicos, psicológicos, enfermeiros e assistentes sociais, interdisciplinarmente, em busca do que realmente há de concreto e de modo que sejam as diferentes fontes de saber corretamente interpretadas pelo organismo jurisdicional.

De maneira alguma podem ser adotadas visões científicas repletas de incertezas, conclusões equivocadas para satisfazer a sanha punitivista que de modo lamentável se faz presente em nossos tribunais. Empregar outras ciências de maneira seletiva e distorcendo seus axiomas é prática que merece reprimenda severa do Estado.

A lacuna que a interdisciplinaridade precisa preencher é a que de fato seja capaz de evitar o risco de impunidade ou condenações injustas.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, T.N.; SILVA, L. C. S.; FERNANDES, R. C.; “O profissional de saúde perante o conflito entre a palavra da vítima e o *in dubio pro reo* em estupro de vulneráveis.” I Web Congresso de Direito Sanitário, Fundação Osvaldo Cruz – Ministério da Saúde, Brasília, 26 e 27 out 2017;
- ;ALTAVILLA, Enrico; “Psicologia judiciária – Volume I O processo psicológico e a verdade real”, Ed.Almedina, 2ª edição de 2003, págs. 56/99;
- ALTAVILLA, Enrico; “Psicologia judiciária – Volume II “O processo psicológico e a verdade real”, Ed.Almedina, 2ª edição de 2003, p. 251-252;
- AMÊNDOLA, M.F., “Analisando e (des) construindo conceitos: pensando as falsas denúncias de abuso sexual”, Estudos e Pesquisas em Psicologia – UERJ, ano 9, n. 1, 2009, p. 199-218
- BARBOSA, Ruy; “Novos Discursos e Conferências”, 1933, Saraiva, p. 75;
- BARRA, Maria Beatriz. A clínica psicanalítica em um ambulatório para adolescentes em conflito com a lei. Estudos e pesquisas em psicologia, vol. 7, n. 3, Rio de Janeiro, 2007, p. 5;
- BASTOS, Celso Ribeiro; “Comentários à Constituição do Brasil”, 1989, Ed Saraiva, São Paulo, p. 227;
- BICAIO, Maria Lucineia. OLIVEIRA, Marlene. Aspectos Conceituais da Multidisciplinaridade e da Interdisciplinaridade e a pesquisa em Ciência da Informação. Revista Eletrônica de Biblioteconomia e Ciência da Informação, v. 16, n. 32, 2011, p. 1-26;
- BREIER, Ricardo; TRINDADE, Jorge. “Pedofilia: aspectos psicológicos e penais.” 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013;
- BROCKHAUSEN, Tâmara, “Falsas alegações de abuso sexual infantil: o contexto do trabalho do psicólogo brasileiro.”, Psic. Ver, São Paulo, Volume 20, nº 2, 199/219, 2011;
- CALÇADA, Andreia. “Falsas Acusações de Abuso Sexual e a Implantação de Falsas Memórias.” São Paulo: Editora Equilíbrio, 2008;
- CASTAÑON, G. A., “Psicologia como ciência moderna: vetos históricos e status atual”, Temas em psicologia, vol.17 no.1, Ribeirão Preto(SP), 2009;
- CARVALHO, S., Freud criminólogo: a contribuição da Psicanálise na crítica dos valores fundacionais das ciências criminais, Ver. Dir. Psic., v.1, n.1, Curitiba (2008), p.107/137;
- CECI, S. J., & BRUCK, M. (1993). “Suggestibility of the child witness: A historical review and synthesis.” Psychological Bulletin, 113(3), 403-439;
- CEZAR, José Antônio Daltoé. Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, (2007), p.29.
- Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Organização dos Estados Americanos. Convenção Intramericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher; “Convênios de Belém do Pará”. Belém do Pará; 1994.

DAMÁSIO, António R. O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Cia das Letras, 2012, p. 105-106;

DE SÁ, ALVINO AUGUSTO. Criminologia clínica e psicologia criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.007;

DIAS, Maria Berenice. “Entrevista”. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (orgs.). Em defesa da vida: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, p. 108;

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 465;

DOMINGUES, Ivan. Em busca do método. Conhecimento e transdisciplinaridade II: aspectos metodológicos. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005, p 22;

ELOY, C. B., “Psicologia e Direito: representações judiciais nos casos de abuso sexual na infância” Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Ciências e Letras de Assis – UNESP – Universidade Estadual Paulista, Assis/SP, 2012 p.92;

FARIA, J. E. “O Direito no mundo globalizado.” São Paulo. Malheiros 1999;

FUZIWARA, Aurea Satomi; FÁVERO, Eunice Terezinha; FERREIRA, M.H.M.;AZAMBUJA, M.R.F; “Violência sexual contra crianças e adolescentes”, Ed. ArtMed, Porto Alegre – 2011, Capítulo 2;

[https://pt.wikipedia.org/wiki/Brian_Banks_\(jogador_de_futebol_americano\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Brian_Banks_(jogador_de_futebol_americano))

<https://canalcienciascriminais.com.br/qual-e-a-importancia-da-avaliacao-psi-quica-da-vitima-nos-crimes-sexuais/>

http://www.conjur.com.br/2014-nov-07/limite-penal-memoria-nao-polarid-precisamos-falar-reconhecimentos-criminais#_ednref5

<http://www.conjur.com.br/2016-jul-10/processo-familiarimportancia-psicologo-pericias-reconhecida-cpc>

https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10123.htm Protocolo Facultativo para Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis, Art.8º, 4.

http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-73142005000100004 “Abuso sexual na infância: um estudo de validade de instrumentos projetivos”, Fonseca, Ana Rita; Capitão, Cláudio Garcia. São Paulo, 2005);

FOUCAULT, M.; A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro, 2003;

GARDNER, R. A. The Parental Alienation Syndrome. A Guide for Mental Health and Legal Professionals, 2nd Edition Creative Therapeutics Inc., Creskill, New Jersey 07626-0522, USA, 1999;

GAVA, L.L., “Perícia Psicológica No Contexto Criminal Em Casos De Suspeita De Abuso Sexual Infanto-Juvenil”, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Psicologia, Tese de Doutorado, Porto Alegre/RS, nov/2012;

GREGORI, M. F. “Prazeres perigosos: erotismo, gênero e limites da sexualidade.” Tese (livre docência) Instituto de Filosofia e Ciências Humanas/Unicamp, Campinas, 2010;

HEIDEGGER, “Aus eimen Gespräch von der Sprache. Zwischen einem Japaner und einem Fragendem”, em Unterwegs zur Sprache, Neske, 1959;

HUSS, Matthew T. “Psiquiatria forense”, ED. Art Med – Porto Alegre (2011) págs.141/152;

LANDINI, Tatiana Savoia, “Violência sexual contra crianças na mídia impressa: gênero e geração.” Cad. Pagu nº 26, Campinas Jan./Junho 2006;

LEAL, Fabio Gesser; SABINO, Rafael Giordani; SOUZA, Klauss Corrêa de. Comentários à lei da escuta protegida: lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017. Florianópolis: Conceito Editorial, (2018). p. 53;

LIMA, Renato Brasileiro de. “Manual de Processo Penal”, Vol. 1. Niterói: Impetus, 2011, p.15;

MORIN, Edgar. “A cabeça bem-feita: pensar a reforma, reformar o pensamento.” Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 89;

NICOLESCU, B.; *Transdisciplinarity as methodological framework for going beyond the science-religion debate. In: Transdisciplinary and the unity of knowledge: beyond the science and the religious dialogue.*; Philadelphia/ USA, June, 2007;

_____, “O manifesto da transdisciplinaridade.” 2ª ed., São Paulo: Triom, 2001;

OLIVEIRA, S. B., “A aceitação isolada da palavra da vítima-mulher como meio probatório nos crimes de estupro frente ao princípio in dubio pro reo nas decisões dos Tribunais de Justiça”, UEPB, 2017;

PINTO. Haussen Luciano. Psicologia do testemunho e uma nova técnica de entrevista investigativa: a versão brasileira da self-administered interview. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul / Faculdade de Psicologia / Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Porto Alegre, 2015, p. 13;

PRADO, Lídia Reis de Almeida. “O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial.” Campinas: Editora Millennium, 2ª edição, 2008, p. 19;

RIFIOTIS, Theofilos. “A publicidade como regra e o sigilo como exceção”: A publicização online de acórdãos referentes à “violência sexual” Trabalho apresentado na 30ª Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias 03 e 06 de agosto de 2016, João Pessoa/PB;

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988. 7 ed. rev. atual. – Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado Editora, (2009). p. 121;

SERRA, C.E.S., A perspectiva psicanalítica do crime e da sociedade punitiva, Revista Liberdades n.18, Public. Inst. Bras. Ciênc. Criminais (2015), p.79/100;

SOARES, S.C.; GRASSI-OLIVEIRA, R.; FERREIRA, M.H.M.; AZAMBUJA, M.R.F; “Violência sexual contra crianças e adolescentes”, Ed. ArtMed, Porto Alegre – 2011, Capítulo 12;

SOUZA, Cristiana Jobim; “Psicologia jurídica: encontros e desencontros em sua prática”, 2014; TJDF, <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2014/psicologia-juridica-encontros-e-desencontros-em-sua-pratica-servidora-cristiana-jobim-souza>; acesso em 21/07/2020;

STEIN, Lilian M., e Colaboradores. Falsas Memórias – Fundamentos científicos /e suas aplicações clínicas e jurídicas, 2010. p. 210

TAVARES, M., “Validade Clínica.”, Ed. Psico-USF, nº 8, 2003, p.125-136.

TRINDADE, J.; “Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito” – Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre – 2017;

ZORNIG, S. M. A.; “As teorias sexuais infantis na atualidade: algumas reflexões” – Psicol. estud. vol.13 no.1 Maringá Jan./Mar. 2008

CAPÍTULO 19

COMPARAÇÃO DOS CASOS DE VIOLÊNCIA INFANTIL ENTRE OS ALVOS MASCULINOS E FEMININOS NO BRASIL

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 06/05/2020

Geovana Passos Brito

Centro Universitário de Mineiros
Mineiros - Goiás

<http://lattes.cnpq.br/1085953650375029>

Amanda Claudino Borges

Universidade Estácio de Sá - RJ - UNESA
Angra dos Reis

<http://lattes.cnpq.br/3500491935149685>

Débora Teodoro Carrijo

Centro Universitário de Anápolis- UniEvangélica
Anápolis, Goiás

<http://lattes.cnpq.br/0282338040835811>

Felipe Batista Rezende

ITPAC Palmas - Instituto Tocantinense Presidente
Antônio Carlos S/A.
Palmas - Tocantins

<http://lattes.cnpq.br/7354899449447364>

Heloísa Teodoro Sequeira

Universidade Federal do Mato Grosso do Sul
Campo Grande - Mato Grosso do Sul

<http://lattes.cnpq.br/8728674796852119>

Júlia Oliveira Carvalho

Centro Universitário de Anápolis- UniEvangélica
Anápolis - Goiás

<http://lattes.cnpq.br/1551459054310881>

Luísa Castilho Amâncio

Centro Universitário de Anápolis-UniEvangélica
Anápolis - Goiás

<http://lattes.cnpq.br/7807693748220997>

Maria Eduarda Giacomini da Cruz

Centro Universitário de Mineiros
Mineiros - Goiás

<http://lattes.cnpq.br/4760811363721197>

Mateus Teodoro Sequeira

Universidade Federal de Goiás
Goiânia – Goiás

<http://lattes.cnpq.br/2556677690570878>

Natália Sousa Costa

Centro Universitário de Anápolis - UniEvangélica
Anápolis - Goiás

<http://lattes.cnpq.br/9786062646089203>

Paula Kathlyn de Oliveira

Centro Universitário de Mineiros
Mineiros - Goiás

<http://lattes.cnpq.br/4400492148743057>

Mithielle Rodrigues de Oliveira Peixoto

Universidade de Rio Verde
Goianésia – Goiás

<http://lattes.cnpq.br/0337814669516861>

RESUMO: A violência sexual é o ato de uma pessoa utilizar de seu poder, por mecanismos físicos ou psicológicos, a fim de obrigar outro indivíduo a presenciar ou participar de

atividades sexuais, sem consentimento, constituindo em uma prática ilegal. O envolvimento com infantes, é um assunto polêmico, devido à maior vulnerabilidade social desse público. Além disso, nota-se que a visibilidade da violência sexual masculina é diminuída, visto que o sexo feminino é o mais atingido. Tem como objetivo compreender a violência sexual entre crianças, comparando os índices dos casos entre ambos os sexos. Esse trabalho trata-se de um estudo epidemiológico sobre os relatos de violência sexual no Brasil, no período de 2010 a 2016, realizado por meio de consulta ao DATASUS. Os critérios para seleção dos artigos foram: trabalhos publicados entre 2012 e 2018 nas plataformas de pesquisa Scielo e PubMed. Entende-se que as crianças geralmente não são instruídas quanto ao que é um ato abusivo e reprimem o sentimento de invasão, sem expor o ocorrido a ninguém. A violência continua em crescimento, passando de 4.684 casos em 2010 para 9.673 em 2016 entre crianças de até 9 anos de idade. Nota-se que, apesar de as meninas serem o maior alvo dessa brutalidade, o número de meninos abusados cresceu em 93% entre os anos de 2010 a 2016. Assim, é preciso maior discussão dessa temática em todos os âmbitos, principalmente no ambiente familiar e nos postos de saúde, para que crianças não sejam silenciadas e consigam ter abertura e estratégias para que se identifique essa violência. Para isso, é importante que a família e os profissionais de saúde estejam alerta na identificação de sinais na criança, como o isolamento social, tristeza e os ferimentos na pele, e também saibam os passos que devem seguir caso notem violência.

PALAVRAS-CHAVE: Violência sexual, repercussões, impacto social.

COMPARISON OF CHILDREN'S VIOLENCE CASES BETWEEN TARGETS MALE AND FEMALE IN BRAZIL

ABSTRACT: Sexual violence act is when a person uses their power, through physical or psychological mechanisms, aiming to force another person to witness or participate in sexual activities, without consent, constituting an illegal practice. Infant involvement is a controversial subject, due to this group's social vulnerability. Besides, it is noticed that male sexual violence visibility is lower, since females are the most attacked ones. This work aims to comprehend sexual violence among children, comparing cases indexes in both genders. This work is an epidemiological study about sexual violence cases in Brazil, from 2010 to 2016, done through DATASUS query. Criteria to articles selection were: works published between 2012 and 2018 in Scielo and PubMed research platforms. It is understood that children usually are not instructed about what is an abusive act and repress the invasion feeling, telling no one about the occurred. Violence keeps increasing, going from 4.684 cases in 2010 to 9.673 cases in 2016 among children up to 9 years old. It is noticed that, even though girls are this brutality biggest target, the number of boys abused increased in 93% between 2010 and 2016. Therefore, a bigger discussion on this subject is needed in all fields, mainly in family environment and in health centers, so that children are not silenced and it will become possible to have openness and strategies to identify this violence. For this, it is important that

family and health care professionals are alert in the kid's signal identification, such as social isolation, sadness and skin wounds, and also know which steps they must follow in case the violence it's noted.

KEYWORDS: Sexual violence, repercussions, social impact.

1 | INTRODUÇÃO

O termo violência é originado da palavra latina *violentia*, que significa profanar, transgredir. É definida como a utilização intencional da força ou do poder, real ou em ameaça, contra outro indivíduo, grupo ou comunidade e contra si próprio, que resulte ou tenha probabilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, privação ou deficiência de desenvolvimento. (COELHO; DA SILVA; LINDNER, 2014)

Dessa forma, ao que se refere ao termo violência sexual, essa consiste na imposição realizada por uma pessoa por meio de aliciamento, violência física ou psicológica com intuito de obrigar a outra pessoa a presenciar ou participar de atividades sexuais. Esse tipo de violência pode ser classificado em três formas: o primeiro é descrito por não haver contato físico, como abuso verbal, exibicionismo; já o segundo envolve o contato físico, como carícias, coito ou tentativa de coito, contato oral-genital, manipulação de genitais, uso sexual do anus e sobre o uso com finalidade econômica, sobretudo referente a prostituição ou pornografia. Por fim, a terceira forma relaciona-se ao uso de forças físicas como atividades brutais, tais como estupro ou homicídio. (SILVA, 2018)

Quando o público alvo dessa violência são crianças, essas são submetidas à atividade sexual a qual não possa compreender, que possui o desenvolvimento incompatível, e ainda não é capaz de dar consentimento, tornando-se assim, um público mais vulnerável. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), toda criança tem direito à saúde e a à vida longe de qualquer tipo de violência, e quando há o descumprimento desse direito torna-se um assunto de extrema polêmica. (PLATT et al., 2018)

2 | METODOLOGIA

Trata-se de um estudo epidemiológico sobre os relatos de violência sexual no Brasil, no período de 2010 a 2016, realizado por meio de consulta ao DATASUS. Os dados obtidos foram comparados com artigos que abordam o mesmo tema. Os critérios utilizados na seleção dos artigos foram: trabalhos escritos em língua portuguesa, publicados entre 2012 e 2018 nas plataformas de pesquisa Scielo e PubMed por meio de descritores em ciência da saúde padronizados pela BIREME: violência sexual, repercussões e impacto social.

3 | RESULTADOS E DISCUSSÕES

A violência sexual infantil é um assunto que sempre está à tona na mídia brasileira e chama bastante atenção da população em geral, principalmente por causar um grande impacto emocional em todos. (TARIFAS e cols., 2015)

Crianças não são, em sua maioria, instruídas quanto ao que é realmente um ato abusivo. Assim, elas não sabem lidar com essas situações e reprimem o sentimento de invasão, sem expor a nenhum adulto o ocorrido. (TARIFAS e cols., 2015)

A violência sexual tem sido silenciada, mas continua em crescimento, passando de 4.684 casos em 2010 para 9.673 em 2016 entre crianças de até 9 anos de idade, confirmando que a violência é um sistema de hierarquização, onde o abusado é sempre um ser vulnerável. (TARIFAS e cols., 2015)

Com isso, aprofundando um pouco mais nesses números e podendo analisar os dados comparando os sexos, nota-se que a maioria dos casos acontecem com crianças do sexo feminino e brancas. Além disso, a faixa etária que mais sofre com abusos no sexo feminino é entre 10 e 15 anos, já no sexo masculino, a faixa etária é bem mais baixa, sendo entre 2 a 6 anos, havendo uma diferença bastante significativa nessa questão quando comparado os dois sexos. (PLATT et al., 2018)

Por outro lado, há questões em que a violência contra o sexo masculino e o feminino se assemelham, as que mais chamam a atenção são: principalmente o ato de violência ocorrer na casa da própria vítima, o autor ser um conhecido da vítima e ser do sexo masculino. Esses fatos são os que mais chocam a sociedade, visto que são pessoas bastante próximas que cometem esses atos, em muitas vezes sendo familiares e pessoas que moram na mesma residência da criança abusada. (PLATT et al., 2018)

No entanto, o principal tipo de violência muda de acordo com o sexo, no sexo masculino o tipo que mais ocorre é o atentado ao pudor; já no sexo feminino o mais recorrente é o estupro, o qual foi 3 vezes mais frequentes em meninas do que em meninos. Porém, a definição de estupro foi alterada na nova legislação, passando a ser considerado estupro aquilo que já era estupro juntamente com o atentado ao pudor, considerando essa nova definição os casos foram 2 vezes mais frequentes em crianças do sexo feminino. (PLATT et al., 2018)

Com relação às consequências que a violência leva às crianças, os transtornos psíquicos são os mais frequentes, sendo o transtorno comportamental e o estresse pós traumático os mais prevalentes, ocorrendo em maior proporção no sexo masculino e tendo números bastantes altos em ambos os sexos (PLATT et al., 2018).

Porém, nota-se que apesar de as meninas serem o maior alvo dessa brutalidade, o número de meninos abusados cresceu em 93% entre os anos de 2010 a 2016 (TARIFAS e cols., 2015).

4 | CONCLUSÃO

Dessa forma, nota-se que o sexo feminino é mais atingido, sobretudo na faixa etária entre 5 e 10 anos, contudo os meninos também são alvos de violência sexual, porém em menor proporção, principalmente quando a violência parte de um membro familiar. No entanto, ocorrem subnotificações referentes aos casos relacionados ao sexo masculino, devido o preconceito que surge quanto à identidade sexual após o menino ter sido vítima de abuso sexual. (PLATT et al., 2018)

Assim, por uma temática mascarada, os números precisam ser melhor explorados, pois se evidencia uma elevação desses casos no Brasil. Sabe-se ainda, que em abas as situações, crianças que são violentadas podem apresentar sequelas como: baixa autoestima, depressão, raiva, agressão, isolamento social, baixo desempenho escolar, e posteriormente, durante a adolescência e jovial, apresentarem dificuldades em se relacionar sexualmente. Assim, fica evidente que é a violência sexual é um fator de risco de diversas problemáticas de saúde na infância e na fase adulta, que impactam sobremaneira a saúde física, e principalmente psicológica das vítimas. (PLATT et al., 2018)

Logo, é preciso que tal temática seja discutida em todos os âmbitos, principalmente no ambiente familiar e nos postos de saúde, uma vez que crianças que são silenciadas necessitam de abertura e de estratégias para que se identifique essa violência. Para isso a família tem que estar alerta aos sinais da criança, como o isolamento social, tristeza e os ferimentos na pele, e os profissionais de saúde qualificados para essa identificação e os passos que devem seguir caso notem uma violência (VIODRES; RISTUM, 2008).

REFERÊNCIAS

COELHO, E. B. S.; DA SILVA, A. C. L. G.; LINDNER, S. R. **Violência : Definições E Tipologias**. Universidade Federal de Santa Catarina, 2014. Disponível em: <https://ares.unasus.gov.br/acervo/html/ARES/1862/1/Definicoes_Tipologias.pdf>

PLATT, V. B. et al. **Violência sexual contra crianças: autores, vítimas e consequências**. *Ciencia e Saude Coletiva*, v. 23, n. 4, p. 1019–1031, 2018.

SILVA, M. M. DA. **Contextualização Da Sexualidade E Violência Sexual Infantil: O Papel Da Psicologia Mediante Casos De Suspeita De Abuso**. *Pretextos - Revista da Graduação em Psicologia da PUC Minas*, v. 3, n. 6, p. 346–360, 2018.

TARIFAS, Susana Maria Moreira e cols. **Violência contra crianças: uma análise do relato obrigatório de violência, Brasil 2011**. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 655-665, março de 2015.

VIODRES INOUE, Silvia Regina; RISTUM, Marilena. **Violência sexual: caracterização e análise de casos revelados na escola**. *Estud. psicol. (Campinas)*, Campinas, v. 25, n. 1, p. 11-21, Mar. 2008

A (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Data de aceite: 03/08/2020

Gislaine da Silva

Universidade Alto Vale do Rio do Peixe
Caçador/SC

Jociane Machiavelli Oufella

Pontificia Universidad Catolica da Argetina
Buenos Aires

Adelcio Machado dos Santos

UFSC

Dado a lume, originalmente, pelo periódico “Ponto de Vista Jurídico”, em 2018

RESUMO: O presente trabalho trata da (In) Eficácia das Medidas Socioeducativas e apresenta as peculiaridades estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, propondo-se a apurar como tais medidas se revelam no processo de reeducação dos adolescentes infratores. Na primeira parte, abordar-se-á a evolução dos Direitos da Criança e do Adolescente e os princípios que oferecem proteção a eles. Em um segundo momento, o estudo apontará cada uma das Medidas Socioeducativas e seus desdobramentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Por fim, analisar-se-á a eficácia

das Medidas Socioeducativas aplicadas na Comarca de Caçador/SC. Destaca-se que o estudo faz uso do método indutivo associado à pesquisa bibliográfica e ao levantamento de dados, observando a Normalização dos Trabalhos Acadêmicos da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) e as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Isso posto, conclui-se que as medidas socioeducativas são eficazes, na comarca de Caçador/SC, tendo em vista que a maior parte dos adolescentes infratores não só cumpriu a medida socioeducativa imposta, mas também não voltou a reincidir na prática de ato infracional.

PALAVRAS-CHAVE: Ato infracional, Medidas Socioeducativas, Estatuto da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT: This paper deals with the (In) Effectiveness of Socio-Educational Measures and presents the peculiarities established by the Statute of the Child and Adolescent, proposing to determine how such measures are revealed in the process of re-education of juvenile offenders. In the first part, the evolution of the Rights of the Child and the Adolescent, as well as the principles that offer protection to them, will be addressed. In a second moment, the study will point out each of the Socio-educational

Measures and its planned developments in the Statute of the Child and the Adolescent. Finally, it will be analyzed the effectiveness of the Socio-educational Measures applied in the Region of Caçador/SC. It is worth noting that the study uses the inductive method associated with bibliographic research and data collection, observing the Standardization of Academic Papers of the University of Vale do Rio do Peixe (UNIARP) and the Brazilian Association of Technical Standards (ABNT). That said, it is concluded that socio-educational measures are effective in the region of Caçador/SC, considering that most of the juvenile offenders not only fulfilled the imposed socio-educational measure, but also did not return to repeat the practice of an infraction

KEYWORDS: Infraction, Socio-educational Measure, Child and Adolescent Statute.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo científico apresenta como tema a (In)Eficácia das Medidas Socioeducativas, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente –

ECA, que são aplicadas ao adolescente quando este comete algum ato infracional.

A responsabilização do adolescente, após a prática da infração, é uma forma de resposta do Estado e se dá por intermédio da atuação da Justiça da Infância e Juventude que irá, respeitando os princípios do ordenamento jurídico, aplicar as medidas cabíveis em cada caso.

Desta forma, tem-se a seguinte problemática: Sabe-se que o adolescente possui tratamento diferenciado perante a lei quando comete atos reprováveis, pois se encontra na condição de ser humano em desenvolvimento. Não obstante, é possível afirmar que as medidas socioeducativas impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de fato, possuem eficácia?

Sabe-se também de que, em resposta a prática do ato infracional, o adolescente deverá cumprir uma medida socioeducativa, por conseguinte, a pesquisa justifica-se ante a necessidade de avaliar se tais medidas efetivamente reeducam e surtem efeitos positivos nos adolescentes em conflito com a lei, de modo a evitar o elevado ingresso destes na criminalidade.

À vista disso, a pesquisa pauta-se no objetivo geral de verificar a (in)eficácia das medidas socioeducativas aplicadas na Comarca de Caçador/SC analisando, principalmente, os índices de reincidência e cumprimento de medida socioeducativa fornecidos por órgãos oficiais.

O desenvolvimento do presente estudo deu-se em três partes.

Em um primeiro momento, será estudado o tratamento oferecido às crianças e aos adolescentes pela legislação brasileira por meio de uma breve análise histórica, eis que os direitos e deveres infanto-juvenis nem sempre foram vistos com a devida prioridade.

Ainda, falar-se-á dos princípios que protegem a Criança e o Adolescente, pois são

essenciais na abordagem do presente estudo, uma vez que norteiam a responsabilização dada ao autor de ato infracional que, na verdade, é diferente da responsabilização atribuída ao adulto autor de conduta criminosa.

Na segunda parte, apresentar-se-ão as Medidas Socioeducativas dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente e seus respectivos desdobramentos de maneira a constatar a natureza das medidas em discussão.

As Medidas Socioeducativas estão dispostas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo elas: a Advertência, a Obrigação de reparar o dano, a Prestação de serviço à comunidade, a Liberdade assistida, o Regime de Semiliberdade, a Internação.

É importante consignar que o presente estudo fica delimitado a abordar as medidas socioeducativas.

Por derradeiro, na terceira parte, apreciar-se-á a eficácia das medidas socioeducativas, trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicadas na Comarca de Caçador/SC.

As informações levantadas foram extraídas do Sistema de Automação da Justiça da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Caçador/SC, do CREAS – Centro de Referência Especializado de Assistência Social e também do Programa de Semiliberdade da cidade de Caçador/SC.

2 | A LEGISLAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

Em 12 de outubro de 1927, foi instituído o Código de Menores "Mello Mattos", por meio do Decreto n. 17.943-A que fixou as leis que visavam assistir e proteger os *menores*.¹

De acordo com o código em análise, havia duas categorias criadas para classificar os ditos "*menores*:" os abandonados, incluindo aqui os vadios, mendigos, libertinos e os delinquentes, indiferente da idade, desde que menor de 18 anos.²

Contudo, Veronese sublinha que a finalidade da legislação *menorista* era corretiva e não preventiva, buscava-se deficitariamente educar, disciplinar física e moralmente as crianças e adolescentes órfãos ou oriundos de grupos familiares desestruturados.³

A criação do SAM " Serviço de Assistência ao Menor e da FEBEM " Fundação Nacional do Bem Estar do Menor, institutos não tão bem sucedidos, impulsionou a confecção de um novo diploma que tratava dos adolescentes em conflito com a lei.⁴

Após 50 anos da entrada em vigor do Código de Menores "Mello Mattos" é promulgado o novo Código de Menores, instituído pela Lei n. 6.697/79.⁵

1 LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional: medida socioeducativa é pena?** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 50.

2 LIBERATI, **Adolescente e o ato infracional: medida socioeducativa é pena?** p. 50.

3 VERONESE Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. p. 28.

4 SANTOS, Milena Granato Barbosa dos. A (In)Eficácia das medidas socioeducativas à luz da análise da reincidência. Disponível em: < <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/4729/1/milenagranatobarbosadosantos.pdf>>. Acesso em 28 set. 2017.

5 LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional: medida socioeducativa é pena?** São Paulo: Juarez de

Há de se frisar que "O período *menorista* no Brasil, construído [...] sob os moldes dos Códigos de Menores de 1927 e 1979 serviu apenas para normatizar a pobreza e institucionalizar crianças e adolescentes utilizando como doutrina a pedagogia do trabalho."⁶

Foi apenas com o advento da Carta Magna de 1988 que o Brasil entrou no rol das nações mais avançadas na defesa dos interesses infanto-juvenis, para as quais crianças e jovens são dotados de direitos fundamentais e acima de tudo, considerados sujeitos sociais.⁷

Sob essa nova ótica, o juiz passa a ser intitulado Juiz da Infância e da Juventude e seu dever não é apenas garantir os direitos das crianças e dos adolescentes, bem como assegurar a devida intervenção do membro do Ministério Público e a participação do Advogado do adolescente no procedimento para a apuração do ato infracional.⁸

Sublinhe-se que as medidas aplicadas às crianças e aos adolescentes recebem, assim, cunho protetivo e educacional, passando a ter uma divisão: a) medidas protetivas; b) medidas socioeducativas.⁹

Assim, às crianças de até 12 anos serão aplicadas as medidas protetivas, previstas no art. 101 do ECA, sendo que aos adolescentes com idade entre 12 e 18 anos incompletos, aplicar-se-ão as medidas socioeducativas nos termos do art. 112 do estatuto supramencionado.¹⁰

Nesse sentido, importante destacar os princípios que dão proteção à infância e à adolescência.

O Princípio da Proteção Integral foi adotado pela norma jurídica brasileira por intermédio do art. 227 da Carta Magna. Considerando que a Lei Fundamental preceitua que "todos são iguais perante a lei", a proposta do Princípio da Proteção Integral, inicialmente, pode causar uma impressão de tratamento desigual. No entanto, o atendimento com total prioridade aos direitos das crianças e dos adolescentes tem respaldo justamente nesse dispositivo, vez que a condição dos que se encontram na referida faixa etária exige leis específicas de tratamento.¹¹

O princípio da proteção integral guia a legislação no que se refere à proteção dos direitos da criança e do adolescente. Sobretudo, considera a sua peculiaridade e as suas

Oliveira, 2002.

6 LIMA e VERONESE, **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. p. 43.

7 AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, n.p. Capítulo 1.

8 NERI, Aline Patrícia. A eficácia das medidas socioeducativas aplicadas ao jovem infrator. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-a22e6638bac2d0bb4ec3b857328c2534.pdf>>. Acesso em 28 set. 2017. p. 31.

9 BRASIL, Lei n. 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: 27 fev. 2017. p. 1.

10 BRASIL, Lei n. 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: 28 set. 2017, p. 1.

11 LIBERATI, **Adolescente e o ato infracional: medida socioeducativa é pena?** p. 46.

necessidades.¹²

Já o princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento vislumbra a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento e além de assegurar direitos, também deixa evidente a necessidade de tratá-los de forma diferenciada quando praticarem condutas que venham em desencontro com a lei.¹³

O princípio da intervenção mínima preceitua que só serão punidos os atos infracionais mais lesivos e que se revestirem de relevância social, por consequência, a medida aplicada deverá corresponder ao delito cometido.¹⁴

Embora não exista previsão expressa do princípio da proporcionalidade nos dispositivos legais, alguns artigos presentes na Constituição Federal abordam essa questão principiológica, são eles: art. 1º, III; art. 3º, I; art. 5º, caput, etc.¹⁵

Ademais, a doutrina também discute a necessidade de atenção ao princípio da proporcionalidade em todos os momentos da aplicação da medida socioeducativa:

[...] a intervenção punitiva no âmbito formal seja em matéria de pena, seja na aplicação de medida socioeducativa deve ser submetida ao princípio da proporcionalidade, no momento da cominação da pena (feita pelo legislador na pena abstrata), judicialmente ao aplicar a pena em concreto ao executar as medidas coercitivas (fase de execução). Por fim cabe ao juiz analisar no momento da aplicação impor a medida cabível seja ela mais rigorosa ou mais branda.¹⁶

Logo, a medida a ser aplicada ao jovem infrator, qualquer que seja, deve respeitar as condições peculiares previstas pelo princípio da proporcionalidade.¹⁷

3 | DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Em concordância com o disposto no art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, "Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal."¹⁸

Ao ato infracional, cometido por pessoa menor de 18 anos, aplica-se a medida socioeducativa de natureza punitiva, impositiva e retributiva, cujo objetivo é evitar a reincidência de maneira pedagógica e educativa.¹⁹

A advertência é uma das medidas socioeducativas prevista pelo ECA e:

Caracteriza-se como a mais branda das medidas, haja vista que se trata de uma advertência verbal, de forma informativa e imediata, que deve ser reduzida a termo. É recomendada, via de regra, para os adolescentes que não têm histórico criminal e para

12 SÁ, Arthur Luiz Carvalho de. As medidas socioeducativas do ECA e a reincidência da delinquência juvenil. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,as-medidas-socioeducativas-do-eca-e-a-reincidencia-da-deliquencia-juvenil,24348.html>>. p. 19.

13 OLIVEIRA, Assis da Costa. Princípio da pessoa em desenvolvimento: fundamentos, aplicações e tradução intercultural. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/10590-47118-1-pb.pdf>>. Acesso em: 03 abril 2017, p. 1.

14 SÁ, As medidas socioeducativas do ECA e a reincidência da delinquência juvenil, p. 21.

15 SÁ, As medidas socioeducativas do ECA e a reincidência da delinquência juvenil, p. 22.

16 SÁ, As medidas socioeducativas do ECA e a reincidência da delinquência juvenil, p. 22.

17 LIBERATI, **Adolescente e o ato infracional: medida socioeducativa é pena?** p. 100.

18 BRASIL, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, p. 1.

19 LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.102.

os atos infracionais considerados leves, quanto à sua natureza ou consequência.²⁰

Já a obrigação de reparar o dano anseia a finalidade educativa e deve desenvolver no adolescente o senso de se responsabilizar, não só pela restituição, mas também pela indenização do dano e, mormente, compreender a gravidade das consequências de se apoderar daquilo que não lhe pertence.²¹

A prestação de serviço a comunidade está disposta no art. 117 do ECA e prescreve:

Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.²²

Cuida-se de medida socioeducativa que impõe o exercício de atividades em entidades públicas, visando o interesse da coletividade atingida pelo ato infracional cometido pelo adolescente.²³

Além do mais, a medida da liberdade assistida é a que apresenta finalidade pedagógica mais importante, vez que não decai por completo o direito de ir e vir do infrator. Este é submetido a um planejamento de vida baseado na liberdade, espontaneidade, responsabilidade e na vigia do poder público.²⁴

A semiliberdade é medida que priva, de forma parcial, a liberdade do autor do ato infracional, considerando que este permanece em instituição especializada. Contudo, pode realizar atividades fora da entidade, não dependendo de permissão judicial. Além disso, a escolarização e a profissionalização são compulsórias.²⁵

Segundo Bandeira, a internação, “É sem dúvida a forma mais drástica de intervenção estatal na esfera individual do cidadão, pois o poder sancionatório do Estado alcança o *jus libertatis* do adolescente, o maior bem que se possui, depois da vida.”²⁶

A medida em questão, “[...] somente será aplicada quando o ato infracional for cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, bem como quando reiterados os cometimentos de outros atos infracionais.”²⁷

O instituto da remissão está prescrito no art. 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente, nestes termos:

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato

20 LIBERATI, Wilson Donizeti apud COSTA, Ineficácia das medidas socioeducativas, n.p. Capítulo 7.2.

21 LIBERATI, **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, p.107.

22 BRASIL, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, p. 1.

23 SANTOS, Fernando Ávilla. As medidas socioeducativas e a responsabilidade da sociedade frente à doutrina da proteção integral, 2012. Disponível em: <http://repositorio.upf.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/238/PF2012Fernando_Avilla_dos_Santos.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08 maio 2017, p. 35.

24 BANDEIRA, **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**, p. 151/152.

25 LIBERATI, **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, p.112.

26 BANDEIRA, **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**, p. 183.

27 SANTOS, As medidas socioeducativas e a responsabilidade da sociedade frente à doutrina da proteção integral, p. 41.

infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.²⁸

Caso o Ministério Público, após a análise dos autos do procedimento investigatório, não opine pelo arquivamento, mas sim, pela remissão, esta será pura e acarretará a extinção do processo se o Magistrado homologar o ato.²⁹

Tem-se ainda a remissão clausulada, sendo que esta:

[...] vem sempre acompanhada de uma medida socioeducativa e sua concessão, salvo no caso de advertência, implica na exclusão ou suspensão do processo até o efetivo cumprimento da medida. A remissão clausulada também pode ser concedida como forma de exclusão do processo, ou seja, nesta hipótese, a relação processual não chega a se formar, pois não é oferecida a representação – acusação – não havendo, por conseguinte, recebimento da representação, todavia o adolescente fi cará sujeito ao cumprimento da medida socioeducativa, vinculada à remissão, nos mesmos moldes da transação penal prevista no Art. 64 da Lei 9.099/95.³⁰

Destarte, observa-se que as medidas socioeducativas possuem caráter pedagógico, sendo que em cada caso será estabelecida a medida cabível. Para tanto, considerar-se-á a gravidade da ação e o perfil do adolescente que incorreu na prática da conduta infracional.

4 | DA (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Para a realização da presente pesquisa foram coletadas informações dos processos de execução de medida socioeducativa que tramitam na Vara da Família, Infância, Juventude, Idosos, Órfãos, e Sucessões da Comarca de Caçador/SC. O acesso aos dados foi autorizado pela magistrada, Dra. Lívia Francio Rocha Cobalchini.

Ainda, utilizaram-se informações fornecidas pelo CREAS – Centro de Referência Especializado de Assistência Social e pelo Programa de Semiliberdade – Unidade de Caçador/SC.

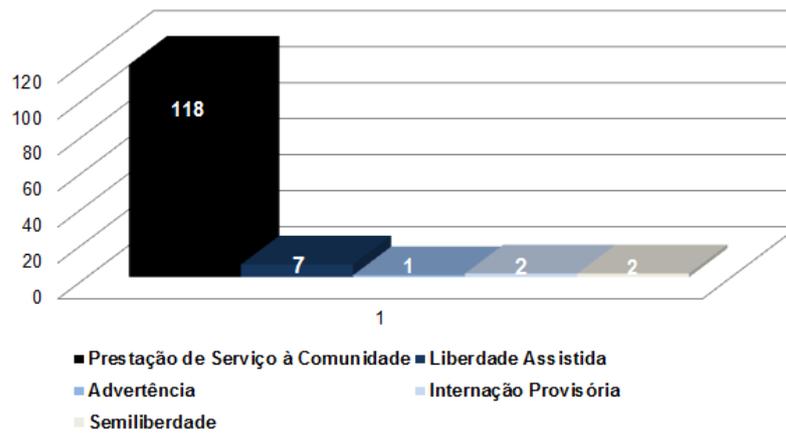
No Gráfico 1, é possível observar que das 130 (cento e trinta) medidas socioeducativas analisadas, a Prestação de Serviço à Comunidade corresponde a 91% (noventa e um por cento). A medida de Liberdade Assistida – LA equivale a 5% (cinco por cento), a Internação Provisória e a Semiliberdade perfazem 2% (dois por cento) cada uma.

28 BRASIL, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, p. 1.

29 BANDEIRA, **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**, p. 59.

30 BANDEIRA, **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**, p. 60/61.

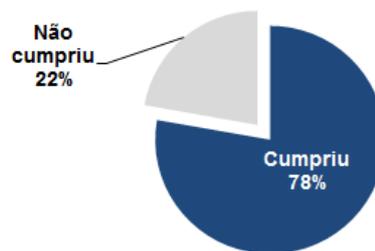
Gráfico 1 - Medidas Socioeducativas Aplicadas



Fonte: Vara da Infância e Juventude da Comarca de Caçador/SC

Quanto ao cumprimento das medidas socioeducativas, nota-se que 78% (setenta e oito por cento) das medidas aplicadas foram devidamente cumpridas, enquanto que 22% (vinte e dois por cento) restaram descumpridas.

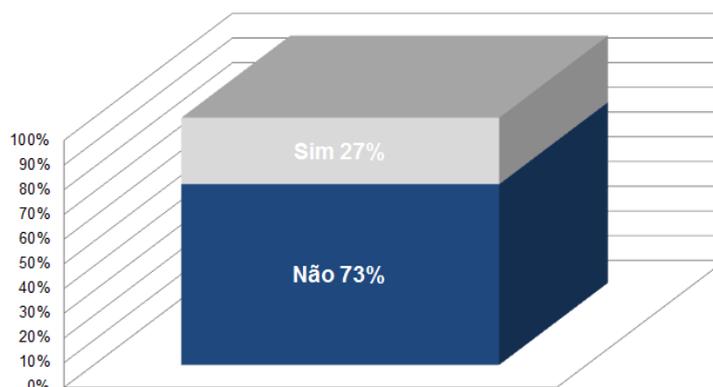
Gráfico 2 - Cumprimento das Medidas Socioeducativas



Fonte: Vara da Infância e Juventude da Comarca de Caçador/SC

No tocante à reincidência, o índice chega à 27% (vinte e sete por cento). Em contrapartida, 73% (setenta e três por cento) dos adolescentes não cometeram outras infrações.

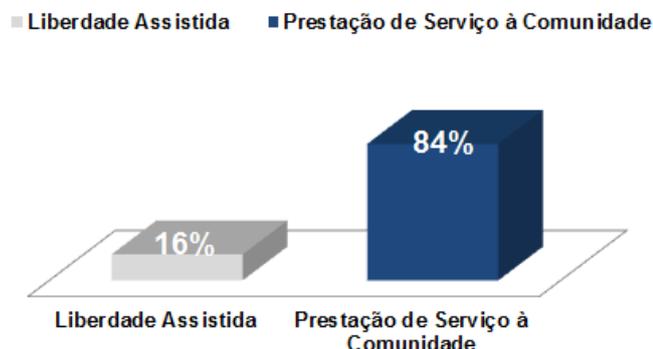
Gráfico 3 - Índice de Reincidência



Fonte: Vara da Infância e Juventude da Comarca de Caçador/SC

Já os dados fornecidos pelo CREAS – Centro de Referência Especializado de Assistência Social revelam que dos atendimentos feitos, 16% (dezesesseis por cento) das medidas socioeducativas é de Liberdade Assistida e 84% (oitenta e quatro por cento) é de Prestação de Serviço à Comunidade.

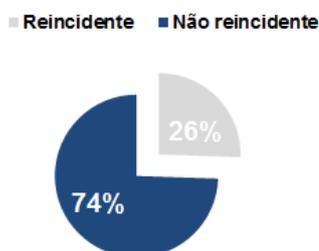
Gráfico 4 - Medidas Socioeducativas Aplicadas



Fonte: CREAS Caçador/SC – Centro de Referência Especializado de Assistência Social

De acordo com o Gráfico abaixo, foi observado que 74% (setenta e quatro por cento) dos adolescentes são não reincidentes e 26% (vinte e seis por cento) são reincidentes.

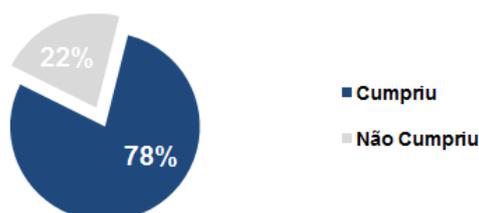
Gráfico 5 - Percentual de Reincidência



Fonte: CREAS Caçador/SC – Centro de Referência Especializado de Assistência Social

O Gráfico 6 evidencia que 78% (setenta e oito por cento) dos adolescentes cumpriu a medida socioeducativa, enquanto apenas 22% (vinte e dois por cento) descumpriu.

Gráfico 6 - Cumprimento das Medidas Socioeducativas



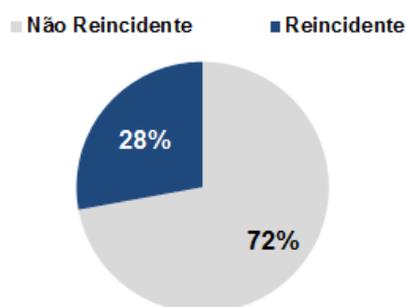
Fonte: CREAS Caçador/SC – Centro de Referência Especializado de Assistência Social

O Programa de Semiliberdade, de janeiro de 2016 a janeiro de 2017 realizou 25 atendimentos. Dos 25 atendimentos, 8 (oito) adolescentes cumpriram a medida até o final recebendo progressão da medida para Liberdade Assistida e 7 (sete) adolescentes receberam regressão da medida para internação ou internação-sanção (“reiterado e injustificável descumprimento de medida socioeducativa antes aplicada”).³¹

Outrossim, 7 (sete) adolescentes foram transferidos durante o cumprimento da medida para unidades mais próximas da sua residência de origem e 3 (três) adolescentes descumpriram a medida socioeducativa em razão da evasão.

Noutro ponto, ao considerar 165 (cento e sessenta e cinco) medidas socioeducativas (Sendo 93 medidas socioeducativas oriundas do CREAS e 72 medidas socioeducativas da Vara da Infância e Juventude), extrai-se que 72% (setenta e dois por cento) dos adolescentes não reincidiu na prática de atos infracionais, enquanto que 28% (vinte e oito por cento) reincidiu na conduta infracional.

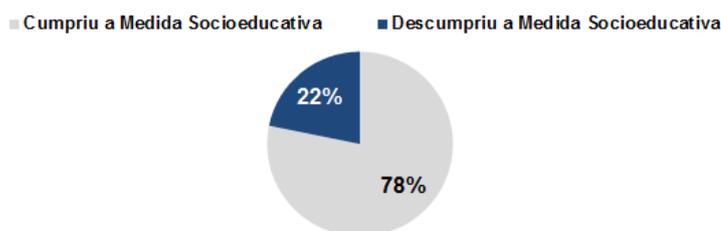
Gráfico 7 - Reincidência (Total)



Fonte: CREAS Caçador/SC – Centro de Referência Especializado de Assistência Social e Vara da Infância e Juventude da Comarca de Caçador/SC

No Gráfico 18, nota-se que dos 165 (cento e sessenta e cinco) adolescentes, 78% (setenta e oito por cento) cumpriu a medida socioeducativa imposta e apenas 22% (vinte e dois por cento) descumpriu a medida socioeducativa.

Gráfico 8 - Cumprimento das Medidas Socioeducativas (Total)



Fonte: CREAS Caçador/SC – Centro de Referência Especializado de Assistência Social e Vara da Infância e Juventude da Comarca de Caçador/SC

31 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Programa de medida justa: orientações sobre medidas socioeducativas. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/orientacoes_sobre_medidas_socioeducativas_-_cnj.pdf>. Acesso em: 02 out. 2017. p. 1.

5 | CONCLUSÃO

O presente trabalho discorreu, brevemente, sobre a evolução histórica da legislação que assiste a criança e o adolescente no Brasil e também apresentou os princípios que dão proteção para eles.

No decurso do tempo foram criadas diversas legislações, sendo que as primeiras se mostraram excessivamente arbitrárias ao conceber a adolescência e a infância.

De início, quando cometiam algum ato infracional ou mesmo quando eram abandonadas, as crianças e adolescentes recebiam tratamento com caráter repressivo e discriminatório. Na tentativa de resolver esses problemas sociais, o Estado reproduzia um sistema penal infanto-juvenil que se revela nada eficaz.

Foi somente com o Estatuto da Criança e do Adolescente que se chegou a uma legislação avançada o suficiente para visualizar a infância e a adolescência como etapas especiais do desenvolvimento humano.

Ademais, em um segundo momento, foram apresentadas as Medidas Socioeducativas dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente e suas respectivas peculiaridades de maneira a constatar a natureza das medidas em discussão.

Nessa linha, notou-se que o ECA não só assegura aos adolescentes autores de ato infracional as garantias constitucionais e o devido processo legal, mas também prevê os seus deveres, delimitando, em cada caso, as medidas cabíveis.

Por último, estudou-se a respeito da eficácia das medidas socioeducativas aplicadas na Comarca de Caçador/SC.

Analisou-se ainda, se houve o devido cumprimento dessas medidas e a também a eventual reincidência dos adolescentes que já passaram pelo sistema de reeducação.

Os dados levantados pela pesquisa foram fornecidos pela Vara da Infância e Juventude da Comarca de Caçador/SC, pela Casa de Semiliberdade de Caçador/SC e pelo CREAS também do município de Caçador/SC.

Desse modo, chegou-se às seguintes constatações.

Infere-se das medidas socioeducativas estudadas que mais da metade recaiu sobre adolescentes do sexo masculino. Depreende-se, além disso, que a medida socioeducativa mais aplicada na Comarca é a de Prestação de Serviço à Comunidade – PSC.

Talvez, cumprindo a medida de Prestação de Serviço à Comunidade o adolescente se sinta mais útil, assim, ocupa o seu tempo executando tarefas que tragam algum aprendizado. Lembrando que essa medida não impõe custos ao Estado, haja vista que quem fiscaliza o adolescente é a entidade na qual este presta o serviço.

Ademais, das 130 (cento e trinta) amostras coletadas da Vara da Infância e da Juventude, 73% (setenta e três por cento) dos adolescentes não reincidiu na prática de atos infracionais. Ainda tem-se que 78% (setenta e oito por cento) das medidas socioeducativas foram devidamente cumpridas.

Ao levar em conta as medidas aplicadas pelo CREAS, 74% (setenta e quatro por cento) dos infratores não reincidiu na prática de condutas infracionais.

Ao somar os dados da Vara da Infância e Juventude com as informações obtidas do CREAS, examina-se que 78% (setenta e oito por cento) dos adolescentes cumpriu a medida socioeducativa imposta.

Dessa análise mais abrangente, foi possível constatar que 72% (setenta e dois por cento) dos adolescentes não reincidiu na prática de atos infracionais

Com amparo nos registros até agora vistos, nota-se que mais de 70% (setenta por cento) dos adolescentes que já estiveram contato com as medidas socioeducativas não voltou a cometer infrações.

Quanto ao cumprimento, percebe-se que mais de 70% (setenta por cento) dos adolescentes infratores cumpriu adequadamente a medida socioeducativa. Surge, nesse sentido, um cenário favorável para a eficácia das medidas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para o presente estudo, considerou-se, portanto, que a medida socioeducativa foi eficaz, em primeiro lugar, se esta atingiu a finalidade do cumprimento.

Em segundo lugar, levou-se em conta se o adolescente, ao cumprir a medida não recaiu na prática de novas condutas que infrinjam as normas sociais, compreendendo, dessa maneira, o caráter pedagógico que tem a medida socioeducativa.

Outrossim, pode-se dizer que as medidas socioeducativas são uma forma de educar no curso dos acontecimentos, pois a cada etapa que o adolescente passa até chegar no momento de cumprir a medida, há a possibilidade de que ele visualize os atos que cometeu no meio social.

Por fim, conclui-se que as medidas socioeducativas podem estar surtindo resultados eficazes na comarca de Caçador/SC, tendo em vista que a maior parte dos adolescentes infratores não só cumpriu a medida imposta, mas também não voltou a praticar outros atos infracionais.

Ante o exposto, observa-se pelos dados obtidos que o cumprimento das medidas pode estar reeducando os adolescentes e por consequência inibindo a reincidência.

É premente que se deixe claro que a pesquisa realizada teve como embasamento a análise de material extraído de órgãos oficiais que pudessem dar qualidade a exposição e a conclusão do trabalho, de modo a fundamentar um resultado com suporte fático.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BANDEIRA, Marcos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**. 1. ed. Editus: Bahia, 2006.

BARROS, Thaís Allegretti. A eficácia das medidas socioeducativas frente à criminalidade infanto-juvenil. Monografia (Bacharel em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_1/thais_barros.pdf>.

BRASIL, Lei n. 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>.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Programa de medida justa: orientações sobre medidas socioeducativas. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/orientacoes_sobre_medidas_socioeducativas_-_cnj.pdf>.

COSTA, Izabelle Giovana. Ineficácia das medidas socioeducativas. Disponível em: <http://monografias.brasile scola.uol.com.br/direito/ineficacia-das-medidas-socioeducativas.htm#capitulo_5.7>.

ENGEL, Norival Acácio. Prática de ato infracional e as medidas socioeducativas: uma leitura a partir do estatuto da criança e do adolescente e dos princípios constitucionais. Orientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão. Dissertação. (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí/SC, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Norival%20Ac%C3%A1cio%20Engel.pdf>>.

LAZZAROTTO, Gislei Domingos Romanzini *et al.* **Medida socioeducativa entre a e z.** Evangraf: Porto Alegre, 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional: medida socioeducativa é pena?** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LIMA, Fernanda Da Silva e VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/99635/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf;jsessionid=923422210F3AEC14004E860551229531?sequence=1>>.

NERI, Aline Patrícia. A eficácia das medidas socioeducativas aplicadas ao jovem infrator. Orientadora: Professora Especialista Josilene Nascimento Oliveira. Monografia (Bacharel em Direito). Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena/MG, 2012. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-a22e6638bac2d0bb4ec3b857328c2534.pdf>>.

OLIVEIRA, Assis da Costa. Princípio da pessoa em desenvolvimento: fundamentos, aplicações e tradução intercultural. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/10590-47118-1-pb.pdf>>.

SÁ, Arthur Luiz Carvalho de. As medidas socioeducativas do ECA e a reincidência da delinquência juvenil. Orientador: Professor Valdinei Cordeiro Coimbra. Monografia. (Bacharel em Direito). Centro Universitário do Distrito Federal, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,as-medidas-socioeducativas-do-eca-e-a-reincidencia-da-delinquencia-juvenil,24348.html>>.

SANTOS, Fernando Ávilla. As medidas socioeducativas e a responsabilidade da sociedade frente à doutrina da proteção integral, 2012. Disponível em: <http://repositorio.upf.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/238/PF2012Fernando_Avilla_dos_Santos.pdf?sequence=1>

SANTOS, Milena Granato Barbosa dos. A (In)eficácia das medidas socioeducativas à luz da análise da reincidência. Monografia. (Bacharel em Direito). Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora/MG, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/4729/1/milenagranatobarbosadossantos.pdf>>.

VERONESE Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Os direitos da criança e do adolescente.** Florianópolis: OAB/SC, 2006.

JOGOS ELETRÔNICOS E VIOLÊNCIA: A INVERSÃO DE VALORES E A GARANTIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ DA LEI N.º. 8.069/1990

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 02/05/2020

Mariana Maria Fernandes

Universidade Federal de Goiás

<http://lattes.cnpq.br/0797372092642307>

RESUMO: Os jogos eletrônicos tornaram-se um fenômeno social integrante deste século, abrangendo diversos setores sociais, níveis econômicos e faixas etárias, gerando influências na formação de culturas, inversão de valores e contribuindo para o surgimento de novos formatos de interação, controle e transformação social. O Ordenamento Pátrio, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, à luz da teoria da proteção integral, estabelecem o direito à ludicidade e direciona a responsabilidade de garantir e preservar as prerrogativas – reservadas ao público infantojuvenil – à família, à sociedade e ao próprio poder Público, de forma prioritária. Contudo, frente ao descaso quanto à proteção integral, o presente estudo visa discutir acerca dos possíveis efeitos sociais em razão deste fenômeno. O empenho familiar em salvaguardar a integridade física e mental de crianças e adolescentes é fator fundamental

para a conservação de seus direitos, dessa forma, é imprescindível o acompanhamento e o devido controle por parte dos responsáveis, monitorando e limitando tanto o excessivo contato quanto a exposição destes a conteúdos incompatíveis com sua condição.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Especiais; Jogos Eletrônicos Violentos; Conteúdo Inadequado; Interação Social.

**ELECTRONIC GAMES AND VIOLENCE:
THE INVERSION OF VALUES AND THE
GUARANTEE OF INTEGRAL PROTECTION
TO CHILDREN AND ADOLESCENTS UNDER
LAW N ° 8.069/1990**

ABSTRACT: Electronic games have become an integral social phenomenon of this century, covering several social departments, economic levels and age groups, the most varied tastes and styles, giving rise to influences on formation to inversion of values, cultures and contributing to the emergence of new formats of interaction, control and social transformation. The Homeland Planning, as well as the Statute of the Child and Adolescent (ECA in portuguese), at the light of the theory of all protection, establishes the right of lucidity and directs the responsibility to

ensure and preserve the prerogatives -reserved to children and adolescents - to the family, to the society and the public authorities, as a priority. However, against the neglect of the full protection of minors, this study aims to discuss the possible social effects due to this phenomenon. The family commitment to safeguarding the physical and mental integrity of children and adolescents is a fundamental factor for the preservation of their rights, therefore, the assistance and proper control by the guardians is essential, monitoring and limiting both their excessive contact and their exposure to it content incompatible with their condition.

KEYWORDS: Special rights; Violent electronic games; Inappropriate Content; Social interaction.

1 | INTRODUÇÃO

A elevada presença de itens eletrônicos no cotidiano social ao longo dos tempos causou relevantes mudanças no que tange às prioridades dos indivíduos, acarretando ainda, influências na formação de culturas, inversão de valores, e o surgimento de novos formatos de interação, controle e transformação social.

No que tange à constituição dos valores sociais e morais da sociedade moderna, percebe-se a influência da informação digital em diversos setores, a qual acarreta mudanças e adaptações determinantes que caracterizam o cotidiano infantojuvenil como um “campo de descobertas”, propiciando acesso a um “mundo virtual” paralelo à sua realidade.

É bem verdade que o atual cenário social apresenta um crescimento considerável na área tecnológica, beneficiando a população em diversos aspectos. Em contrapartida, surge uma preocupação social no que tange à prática excessiva desta, especialmente por crianças e adolescentes, acarretando efeitos, tanto positivos quanto negativos na formação psicossocial destes.

À medida que a sociedade se adaptou às novas tecnologias, as indústrias de videogames acompanharam esse desenvolvimento virtual, criando jogos com panoramas de gráficos cada vez mais reais, violentos e envolventes aos consumidores de diferentes faixas etárias, tornando-se um mercado lucrativo e poderoso, no qual o usuário não é apenas o telespectador, mas parte que controla o personagem interativo do jogo eletrônico.

Nesse sentido, haja vista a preocupação quanto à inversão de valores em razão do crescente acesso infantojuvenil a conteúdos violentos presentes em jogos eletrônicos, faz-se necessário abordar acerca da efetiva garantia da proteção integral estabelecida pela Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – esclarecendo acerca da necessária participação ativa e responsabilidades da família, da sociedade e do Estado em garantir a efetiva execução e preservação desses direitos, tendo como base a doutrina da proteção integral normatizada pelo arcabouço do sistema pátrio.

Para tanto, realizou-se pesquisa qualitativa, com o objetivo de discutir acerca dos

possíveis efeitos sociais ante a negligência quanto aos direitos do público infantojuvenil em relação ao conteúdo ao qual têm acesso, destacando a inversão dos valores sociais, através de revisão bibliográfica sobre temas já publicados e aparato legislativo brasileiro.

2 | FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A indústria mundial de jogos, juntamente com as constantes inovações tecnológicas, proporcionaram um acesso mais amplo aos *games*, abrangendo diversos setores sociais, níveis econômicos e faixas etárias. A qualidade gráfica das produções, cada vez mais parecidas com imagens reais encanta e envolve crianças e adolescentes em todo o mundo, desencadeando a propagação da consciência criativa do imaginário infantojuvenil ao se deparar com a existência de um mundo virtual ao alcance de um clique.

A vinculação da sociedade com o avanço tecnológico proporcionou uma verdadeira “revolução informacional” agregada em diversas fronteiras e contextos sociais, impulsionando aspectos econômicos e culturais a tal ponto de não ser possível compreender a sociedade sem interligá-la a realidade do contexto tecnológico em que está inserida. Ao seguir esta linha de pensamento, o autor Manuel Castells (2008), em sua obra intitulada “A Sociedade em Rede”, descreve:

É claro que a tecnologia não determina a sociedade. Nem a sociedade escreve o curso da transformação tecnológica, uma vez que muitos fatores, inclusive criatividade e iniciativa empreendedora, intervêm no processo de descoberta científica, inovação tecnológica e aplicações sociais, de forma que o resultado final depende de um complexo padrão interativo. Na verdade, o dilema do determinismo tecnológico é, provavelmente, um problema infundado, dado que a tecnologia é a sociedade e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas. (CASTELLS, 2008, p. 43).

O avanço do acesso à internet propiciou uma disseminação dos jogos online de maneira rápida, corroborando para a idealização e produção dos chamados “jogos de massa”, através dos quais usuários de diferentes fronteiras jogam em tempo real, comunicando-se uns com os outros e “vivendo o personagem”, como em *Counter Strike*, *Grand Theft Auto*, *Call of Duty*, *Unreal Tournament*, entre outros. A respeito do contexto dos jogos, bem como do ambiente virtual em que o usuário se insere, Grigorowitschs (2010) aduz que:

Os jogos tomam de empréstimo ações e significados das práticas do dia a dia e ressemantizam esses significados e ações. São um segundo mundo, que se baseia em princípios de ordem do mundo da experiência (um primeiro mundo). Desse modo, diversas formas pelas quais a cultura se organiza revelam-se neles. Essas formas de organização não são produzidas no interior dos próprios jogos, mas o ato de jogar toma parte nessa ordem, empresta expressões de sentido (GRIGOROWITSCHS, 2010, p. 233).

Os jogos permitem que o jogador adentre em outra realidade, na qual existe a possibilidade de ser parte essencial de um todo fictício, rompendo fronteiras por meio da conexão com a internet, permitindo, desse modo, uma interatividade entre o virtual

e o real, a qual torna o vídeo game um instrumento de interação multi e pluricultural. Conforme, demonstrado por Turkle (1989):

Os videogames são uma janela para um novo tipo de intimidade com máquinas, que caracteriza a cultura de computador nascente. O relacionamento especial que os jogadores estabelecem com os videogames tem elementos comuns a interações com outros tipos de computador (TURKLE, 1989, p. 58-59).

O mesmo autor ressaltou, ainda, que a prática deste método de interação social promove certo deslumbre ao se deparar com a possibilidade de atingir seus objetivos em um mundo controlado por suas próprias mãos, “o poder dominador dos videogames, o seu deslumbre quase hipnótico, é o poder dominador do computador. As experiências de jogadores de vídeo ajudam-nos a compreender esse poder dominador e algo mais” (TURKLE, 1989).

Diante deste cenário, as empresas passaram a investir mais em jogos, fabricando-os para todas as faixas etárias e ganhando novos adeptos dos mais variados gostos e estilos. Segundo os dados divulgados pelo 2º Censo da Indústria Brasileira de Jogos Digitais, realizada de abril a agosto de 2018 pelo Ministério da Cultura e pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), de 2014 para 2018 o número de desenvolvedores passou de 142 para 375, crescimento exponencial que atinge 164% e, conseqüentemente, também apresentou aumento em relação ao número de jogos produzidos.

Sob a ótica financeira, o mercado dos jogos eletrônicos também é destaque pela lucratividade, somente no Brasil movimentou cerca de R\$ 5,6 bilhões no ano de 2018 e encontra-se na 13ª posição do *ranking* mundial, sendo o maior da América Latina, com cerca de 75,7 milhões de jogadores (LARGHI, 2019).

Aliás, em conformidade com os dados analisados em setembro de 2018 pelo TIC Kids Online Brasil 2017, disponibilizados pelo portal Cetic.br, houve um crescimento exponencial em relação as atividades realizadas pelo público infantojuvenil pela internet, incluindo os que acessam para divertir-se por meio de jogos eletrônicos, dentre os usuários, 58% das crianças e adolescentes de 09 e 17 anos jogam não conectados com outros jogadores, ao passo que 38% jogam conectados, denominados “sociais” justamente por estabelecer interação com outros jogadores (CETIC.BR, 2018).

No que tange a condição de desenvolvimento em que a criança e o adolescente se encontram, faz-se importante realizar considerações acerca do processo de formação do caráter pessoal, bem como sobre a preocupação no que tange às implicações causadas pelo contato excessivo com os jogos eletrônicos, em especial àqueles em que retratam conteúdos considerados violentos para os menores, com antecipação de temas adultos no contexto lúdico infantojuvenil, gerando desrespeito aos direitos destes na medida em que permitem o acesso, conforme destacado por Singer e Singer (2007).

Notadamente ao envolvente modo de seduzir utilizado pelos veículos midiáticos

como jogos e filmes, percebe-se que este temor não é recente, os autores Armstrong e Casement (2001), já fundamentavam acerca dos efeitos e perigos dos jogos por meio da obra “A Criança e a Máquina”.

Ademais, o autor MOREIRA (2003) também lecionava acerca da possibilidade de as crianças e os adolescentes experimentarem uma grande vontade de provar e participar das circunstâncias ocorridas virtualmente, desejando sentir aquelas emoções tão distantes de sua realidade e ausentes em seu cotidiano, consoante aduz:

A sedução midiática – penso, sobretudo, no culto à violência em filmes e jogos – exacerbava uma fantasia adolescente de provar experiências limite, “curtir” emoções cada vez mais fortes; emoções estas que sua realidade cotidiana – previamente banalizada pela mesma mídia – não pode proporcionar. (MOREIRA, 2003, p.21)

Seguindo este raciocínio, a prática da violência pode ser motivada por um desejo de inclusão no poder que move a sociedade. A existência da violência em certa comunidade consiste numa busca incessante em promover o equilíbrio de qualidades existentes, sem, no entanto, desconsiderar poder e violência como interdependentes, o que inclui, conseqüentemente, a proporção apresentada por Arendt (2001):

A violência aparece onde o poder está em risco, mas, deixada a seu próprio curso, ela conduz à desaparecimento do poder. Isto implica ser incorreto pensar o oposto da violência como a não-violência; falar de um poder não-violento é de fato redundante. A violência pode destruir o poder; ela é absolutamente incapaz de criá-lo. (ARENDR, 2001, p. 44)

Neste sentido, a respeito do processo sofrido pela informação recebida pelo cérebro, bem como a interpretação e efeitos causados no indivíduo exposto a certo conteúdo, o Laboratório de Estudos em Ética nos Meios Eletrônicos da Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP elaborou um material destinado ao público infantojuvenil, através do qual alerta sobre a influência ocorrida no sistema nervoso em caso de contato excessivo com a violência contida em certos jogos.

[...] a quantidade de cenas violentas intensifica o sentimento de medo e de “dessensibilização” da criança diante da violência [...] O contato contínuo de uma pessoa com a violência em games pode banalizar o valor da vida e de uma forma mais grave, pode desencadear comportamentos agressivos contra si ou contra os outros, já que “matar” um personagem passa a ser encarado como algo normal (MACKENZIE, 2011).

O material supracitado aborda que o cérebro humano, ao se deparar com episódios de jogos violentos, não diferencia a realidade da virtualidade, ilustrando as explicações com fatos cotidianos acessíveis a todos, como se emocionar ao ver um drama ou sorrir ao ver uma comédia. Outrossim, apresenta motivos para afirmar que as cenas de violência desencadeiam reações e produzem emoções similares à circunstâncias reais, como transcrito:

Você sabe o que acontece com o cérebro durante um jogo violento? Estudos apontam evidências que o cérebro não diferencia a realidade da virtualidade. Assim, se assistimos a um filme no cinema, mesmo sabendo que não se trata de realidade, vendo um drama, podemos nos comover e chorar; vendo uma comédia, podemos rir; vendo um suspense, podemos chegar a gritar de medo ou terror. As imagens mostradas fazem nosso cérebro

reagir e produzir emoções como se fossem situações reais (MACKENZIE, 2011).

Desta feita, a forma com que são apresentadas as imagens violentas, bem como a estreita ligação destas com o receptor, acarretam uma “explosão” de sentimentos constituídos por meio de desejos, mistérios, medos e temores, os quais acentuam o lado imaginário, criativo e estratégico daquele que está interagindo.

Neste cenário, é imprescindível a realização de controle e limitação, tanto no que se refere ao tempo destinado à prática de jogos eletrônicos quanto sobre o contato do público infantojuvenil com materiais impróprios, respeitando o que fora determinado pela legislação atual, a fim de evitar os efeitos negativos decorrentes da prática excessiva destes. Contudo, o acesso cada vez mais irrestrito à internet dificulta a preservação da integridade psicossocial de crianças e adolescentes.

Nos termos da norma constitucional, deve-se considerar a condição específica da criança e do adolescente como sujeitos vulneráveis, haja vista sua condição psíquica e idade biológica, fatores que acarretam uma autonomia diminuída, em razão de não se apresentarem capazes de agir ou tomar decisões suficientemente maduras, sendo garantias universais e absolutas condicionadas à proteção integral, a serem asseguradas por três seguimentos, a família, o Estado e a sociedade.

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além de protegidos pela norma constitucional os direitos dos menores também são garantidos pela lei nº 8.069/90, a qual revolucionou o Direito Infantojuvenil por meio da adoção da doutrina da proteção integral que se baseou na Convenção Internacional, aderida na data de 29.11.1989 pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, e no ano seguinte pelo Brasil, por meio do Decreto nº. 99.710, de 21.11.1990.

No que tange aos direitos do público infantojuvenil, o lazer é imprescindível para o devido progresso do ser, auxiliando na formação do raciocínio lógico, aprendizagem e interação com o próximo, alcançando um papel além da ideia de divertimento.

Nesse sentido, o próprio ECA, nos *caputs* de seus artigos 70 a 73 versam acerca desse direito, desde que coadune com a condição peculiar do indivíduo em desenvolvimento, dentro da sua respectiva faixa etária. Além disso, aborda acerca dos mecanismos de prevenção e responsabilidade imposta, em caso de inobservância.

Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Art. 72. As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Art. 73. A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei.

Como forma de corroborar com a garantia da corresponsabilidade pela proteção integral dos menores, o poder público, através do Ministério da Justiça, disponibiliza Guia Prático com Classificação Indicativa a Obras Audiovisuais (2018), dentre as quais os jogos eletrônicos estão inseridos, também oferecendo aos pais e responsáveis informações na própria embalagem do produto a ser consumido, tendo como parâmetro indicativo a ocorrência de cenas que remetem violência, sexo e drogas que podem prejudicar o desenvolvimento psicológico dos menores.

Dentre as recomendações do inseridas pelo referido guia, destaca-se o item A.5.7, no qual consta que não é recomendada para menores de 16 anos violência com gratuita/banalização da violência, incluindo como exemplo: “um personagem de um jogo de videogame agride livremente os pedestres na rua”, cenário comum em diversos jogos inseridos no contexto dos menores. Vale destacar ainda o item D.22, que consta como agravante “o alto grau de realismo gráfico de um jogo que faz o sangue parecer muito vivo e convincente, sendo altamente valorizado na cena”.

Acerca desse assunto, ressalta-se a ampla preocupação do poder público, consubstanciada por meio de Projetos de Lei (PL) apresentados na Câmara dos Deputados, com destaque aos mais recentes protocolizados após o trágico massacre envolvendo dois ex-alunos da Escola Estadual Raul Brasil localizada em Susano -SP, os quais atacaram alunos e funcionários da escola, portando arma de fogo, arco e flecha, besta, machadinha, entre outras munições semelhantes as que utilizavam em cenários e gráficos de jogos eletrônicos violentos.

Justamente em razão das semelhanças constatadas no referido ataque com o meio lúdico violento utilizado pelos jovens autores do crime, diversos Projetos buscam aprovação envolvendo o tema, dentre os quais o polêmico PL 1577/2019, do Deputado Júnior Bozzella (PSL-SP), cujo inteiro teor visa criminalizar o desenvolvimento, a importação, a venda e a disponibilização de jogos eletrônicos com conteúdo violento, dentre outras providências, situação que tem gerado recorrentes embates tanto entre os políticos quanto pelo sociedade em geral (CARVALHO, 2019).

Nota-se que apesar da normatização que garante a proteção integral, bem como, a existência de subsídios que visem evitar o acesso do público infantojuvenil a conteúdos inadequados à formação dos valores familiares e sociais, diante da crescente inserção dos jogos eletrônicos no dia a dia de crianças e adolescentes, incluindo àqueles com qualidade cada vez mais realista e sangrenta, a sociedade, a família e o Estado devem atuar juntos, de forma que a “situação de risco” não venha a ocorrer, como bem explana o professor Antonio Carlos Gomes da Costa (1992):

A verdadeira prevenção da situação de risco é a inclusão de toda a população na cobertura das políticas sociais básicas; se alguém se encontra em *situação de risco*, e, portanto, na condição de destinatário de ações do aparelho assistencial do Estado, não cabe aí o conceito de programa preventivo, uma vez que a linha de risco já foi transposta (GOMES DA COSTA, 1992, p. 73).

Nesse sentido, o poder familiar, como responsável direto pela educação, inserção de valores, ensino e condições básicas de vida, saúde, lazer dentre outros, também deve zelar pelo cumprimento dos direitos inerentes às crianças e adolescentes, se esforçando para garantir que o menor tenha acesso, tão somente, a conteúdos recomendados à sua respectiva condição de indivíduo em desenvolvimento, evitando que estes seres considerados vulneráveis se tornem reféns da violência e clara inversão de valores contextualizados em forma de entretenimento.

Desta feita, é possível perceber que a liberdade de acesso do público infantojuvenil a conteúdos exibidos por jogos eletrônicos violentos fere o dever de proteção integral garantido a estes indivíduos, no entanto, apesar de previstas em lei, as disposições acerca desses assuntos são pouco passíveis de fiscalização pelo poder Público, sendo imprescindível a participação da família e do meio social neste processo de proteção aos interesses pertinentes aos cidadãos em pleno desenvolvimento psicossocial.

3 | MATERIAIS E MÉTODOS

O presente estudo utilizou-se de método dedutivo, técnica de pesquisa documentação indireta, revisão bibliográfica de temas já publicados, de obras doutrinárias, bem como de materiais e aparato legislativo disponíveis na internet, a fim de compreender as possíveis implicações acarretadas pelo contato excessivo com a violência inserida em certos jogos eletrônicos, considerando, em especial, o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

4 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

É fato que raciocinar acerca de violência, de modo geral, inclui a reunião de diversos conceitos, influenciados por circunstâncias, histórico e meio social, a existência desta consiste numa busca incessante em promover o equilíbrio de qualidades existentes, sem, contudo, desconsiderar poder e violência como interdependentes, tornando-se um subterfúgio utilizado para alcançar a inclusão social (ARENDETT, 2001).

O evoluído desenvolvimento da comunicação, dos sistemas de informação e dos jogos eletrônicos propiciou uma crescente dissociação entre a proximidade espacial e o desempenho das funções consideradas de rotina (CASTELLS, 2008). Segundo dados já publicados, 58% das crianças e adolescentes entre 09 e 17 anos praticam jogos não conectados com outros jogadores, ao passo que 38% jogam conectados (CETIC.BR

2018).

Acerca disso, os autores Armstrong e Casement (2001, p. 167), em sua obra “A Criança e a Máquina”, fundamentam, os efeitos causados nas crianças sob a influência dos jogos, os quais, segundo estes, podem prejudicar a educação destas e até mesmo ocasionar problemas de saúde.

Ademais, referentemente à influência dos jogos eletrônicos violentos no aumento da agressividade, nota-se excesso de simulações exibindo coações, ameaças, lesões corporais, execuções, roubos, dentre outras condutas violentas, as quais são demonstradas de forma positiva nos cenários dos jogos, sendo, inclusive, muitas vezes alcançada uma maior pontuação conforme o número e nível dos comportamentos agressivos.

Neste contexto, cumpre ressaltar que as crianças e os adolescentes são protegidos pela norma constitucional e pelo ECA, as quais garantem a proteção integral, estabelecendo a necessidade de cuidados especiais a estes indivíduos, notadamente pelo estágio de amadurecimento intelectual, físico e psíquico em que se encontram, condicionadas a proteção dos três seguimentos: a família, o Estado e a sociedade.

Ainda acerca da dignidade pertinente ao menor, no que tange à definição de criança e adolescente, nota-se certa importância destinada às fases do desenvolvimento destes, bem como a peculiaridade presente na formação natural de suas personalidades, estando estas completas a cada estágio de vida (GOMES DA COSTA, 1992).

No que tange à “dessensibilização” da criança ou adolescente diante de circunstâncias violentas de maneira constante, percebe-se que, quanto maior o contato com a violência através de imagens, vídeos e jogos, mais intensa será a falta de sensibilidade e a banalização do valor da vida, podendo estimular a ocorrência de comportamentos agressivos, haja vista que o menor “enxerga” a violência como algo normal e rotineiro, conforme material elaborado pelo Laboratório de Estudos em Ética nos Meios Eletrônicos da Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP (MACKENZIE, 2011).

Apesar disso, considerando o direito e a necessidade da prática de atividades lúdicas pelos mais novos seres sociais disposto no ECA, vale ressaltar os possíveis benefícios acarretados pelo acesso a jogos eletrônicos, tais como a elevação da interatividade entre os jogadores, o conhecimento de novos assuntos, a assimilação de novas culturas, a formação de habilidades estratégicas em diversos âmbitos, dentre outros.

Aliás, o ECA delega poderes aos entes familiares e a sociedade, dispondo acerca do compromisso de proteção aos menores, recebendo a incumbência de propiciar meios e condições dignas para a formação destes, abordando acerca dos mecanismos de prevenção a fim de garantir e assegurar o cumprimento dos direitos mencionados de forma prioritária, bem como, a responsabilidade imposta, em caso de inobservância.

Contudo, apesar das diversas formas de prevenção, as quais possuem o papel de direcionar e indicar uma conduta que corresponda às normas existentes, a fim de defender e proteger a formação das crianças e dos adolescentes, a sociedade, a família e o Estado

devem atuar juntos, de forma que a “situação de risco” não venha a ocorrer (GOMES DA COSTA, 1992).

Deve-se considerar que a liberdade oferecida pelos jogos eletrônicos, consubstanciada pela facilidade de acesso do “mundo virtual” prejudicam a supervisão e o controle que deve ser exercido pelos responsáveis, haja vista a falta de incentivo e conscientização acerca do tema, corroborando para a manutenção de uma cultura voltada à aparente normalização quanto à exposição do público infantojuvenil a conteúdos além do recomendado à sua faixa etária.

5 | CONCLUSÕES

Desta feita, diante do assunto abordado, resta claro que a utilização de jogos eletrônicos por crianças e adolescentes deixou de ser retratado apenas como mero entretenimento e passou a ser também referenciada com preocupação quanto aos cenários e conteúdos impróprios exibidos através desta forma de lazer. Temática séria, que mereceu colocar em destaque o Estatuto da Criança e do Adolescente e suas regulamentações acerca da necessária proteção e fiscalização quanto a efetiva garantia do cumprimento dos direitos direcionados as crianças e adolescentes.

O referido ordenamento, em consonância com a Constituição Federal versa ainda a respeito da responsabilidade, vinculada à família, à sociedade e à autoridade pública, de manter a salvo e preservar a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral destes indivíduos vulneráveis, garantindo a efetiva execução dos direitos reservados a este segmento.

Relativamente ao papel dos pais e responsáveis, nota-se a necessidade de que estes acompanhem e se interessem pelos conteúdos que o tutelado tem acesso, considerando o dever prioritário de zelar pelo adequado desenvolvimento psicossocial deste, inclusive em relação ao cotidiano lúdico, sendo dever do responsável legal auxiliar nessa fiscalização colocando, por exemplo, os aparelhos eletrônicos em espaços com livre circulação a todos os segmentos do ambiente familiar, assim como maneiras de restringir o acesso a conteúdos impróprios utilizando-se de configurações e filtros específicos, além de métodos eficazes de verificação de idade.

Deve-se considerar que apesar de existirem garantias legais e ferramentas de prevenção do acesso destes a jogos eletrônicos com conteúdos violentos, como guias com indicação de faixa etária, alertas de sites e filtros de controle específicos, nenhuma ferramenta será suficiente para suprir a responsabilidade da família na educação destes, sequer o despertar do poder Legislativo, ainda que elabore projetos com soluções mais específicas e severas, a conscientização e a formação íntegra e adequada dos futuros cidadãos é responsabilidade de todos, mas imprescindível o controle e o acompanhamento

pessoal dos pais e responsáveis.

Diante do exposto, em que pese à existência de diversos fatores que prejudicam a proteção integral dos direitos infantojuvenis, acredita-se na existência de subterfúgios auxiliares do cumprimento dos ordenamentos, com a fim de inibir as consequências do descaso em relação à omissão do cuidado para com o ideal desenvolvimento do ser em formação, sendo evidente a necessidade de buscar maneiras efetivas para evitar o acesso dos menores à violência contida nos jogos eletrônicos, como forma recomendada em conformidade com a proteção integral destinadas a estes.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, H. **Sobre a violência**. Relume-Dumara: Rio de Janeiro, 2001.

ARMSTRONG, A. e C. Casement. **A Criança e a Máquina** - como os computadores colocam a educação de nossos filhos em risco. Trad. R.C. Costa. 1ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em 15 jul. 2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. (Org.). **Manual da Nova Classificação Indicativa**. 2006. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/comunicacao/manual-da-nova-classificacao-indicativa>>. Acesso em 15 jul. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. **Projeto de lei nº 1577/2019**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

CARVALHO, Pedro. **Deputado sobre criminalização de jogos violentos**. “Quero propor debate”. 2019. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/blog/radar/deputado-que-quer-criminalizar-jogos-violentos-quer-propor-o-debate/>>. Acesso 12 jul. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 11ª ed. São Paulo-SP: Editora Paz e Terra, 2008.

CETIC.BR. **Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação**: Disponibilidade das tecnologias de informação e comunicação (TIC) no Brasil. 2018. Disponível em: <https://cetic.br/media/analises/tic_kids_online_brasil_2017_coletiva_de_imprensa.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

GOMES DA COSTA, A. C, In: CURY, Munir, AMARAL e SILVA, Antônio Fernando do, MENDEZ, Emilio García (Coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. São Paulo: Malheiros, 1992.

GRIGOROWITSCHS, T. **Jogo, mimese e infância: o papel do jogar infantil nos processos de construção do self**. Revista Brasileira de Educação, v.15, n.44, 2010.

LARGHI, Nathália. **Brasil é o 13º maior mercado de games do mundo e o maior da América Latina**: País promove campeonatos milionários e movimenta R\$ 5,6 bilhões por ano. 2019. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/objetivo/empreenda-se/noticia/2019/07/30/brasil-e-o-13o-maior-mercado-de-games-do-mundo-e-o-maior-da-america-latina.ghtml>>. Acesso em: 14 jul. 2019.

MOREIRA, A. da S. **Cultura midiática e educação infantil**. Educação & Sociedade, Campinas v. 24, n. 85, p. 21, dez. 2003.

Secretaria Especial da Cultura. **2º Censo da Indústria Brasileira de Jogos Digitais aponta crescimento de games no Brasil**. 2018. Disponível em: <http://cultura.gov.br/2o-censo-da-industria-brasileira-de-jogos-digitais-aponta-crescimento-de-games-no-brasil-2/>. Acesso em: 12 jul. 2019.

Secretaria Nacional de Justiça (Org.). **Classificação Indicativa Guia Prático**. 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/guia-pratico/classind-guia-pratico-de-audiovisual-3o-ed.pdf/view>. Acesso em: 13 jul. 2019.

SINGER, Dorothy G.; SINGER, Jerome L. **Imaginação e jogos na era eletrônica**. Traduzido por Gisele Klein. Porto Alegre: Armed, 2007.

TURKLE, Sherry. **O segundo eu: os computadores e o espírito humano**. 1ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 1989.

Universidade Presbiteriana Mackenzie; BARROS, Solange Duarte Palma de Sa; MORAES, Ubirajara Carnevale de (Org.). **O uso legal da internet: ética e valores para jovens da era digital**. São Paulo: UPM, 2011. 48 p.

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Adolescente 10, 12, 13, 16, 17, 97, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 262, 263, 264, 265, 266, 268, 269, 270, 272, 273, 274, 275

Aposentadoria 127, 128, 130, 131, 133, 134, 135, 137, 138

B

Brasil 5, 6, 2, 5, 7, 9, 10, 12, 16, 18, 23, 33, 35, 38, 39, 47, 48, 49, 50, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 101, 103, 115, 118, 119, 120, 122, 124, 125, 132, 138, 139, 141, 142, 144, 145, 147, 148, 151, 152, 177, 179, 180, 182, 184, 189, 190, 191, 192, 195, 200, 202, 209, 222, 223, 226, 237, 244, 246, 247, 248, 249, 251, 254, 255, 256, 257, 258, 261, 262, 264, 268, 270, 271, 275, 276, 277

C

Cidadania 2, 9, 49, 63, 64, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 82, 83, 100, 137, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 200, 202, 205, 206, 207, 208, 209

Ciência 3, 4, 5, 7, 19, 20, 25, 26, 84, 85, 106, 108, 139, 150, 156, 158, 170, 171, 188, 191, 227, 231, 232, 233, 237, 242, 244, 245, 249, 264, 268

Conflitos judiciais 104, 109, 110

Constituição 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 44, 45, 46, 47, 52, 59, 61, 71, 72, 75, 76, 80, 82, 89, 97, 100, 101, 112, 115, 117, 123, 124, 127, 128, 129, 131, 132, 134, 135, 139, 141, 175, 176, 179, 189, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200, 201, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 213, 229, 244, 246, 256, 266, 274, 275

Criança 12, 13, 16, 17, 97, 99, 106, 230, 235, 238, 239, 241, 242, 243, 245, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 262, 263, 264, 265, 266, 268, 269, 270, 272, 273, 274, 275

Crime 79, 80, 82, 154, 156, 161, 162, 164, 168, 170, 181, 182, 184, 185, 187, 188, 189, 190, 191, 195, 199, 201, 203, 205, 206, 208, 212, 214, 215, 221, 222, 225, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 234, 236, 238, 239, 240, 246, 256, 271

Criminalização 76, 77, 78, 174, 175, 176, 178, 179, 180, 183, 189, 275

D

Delação premiada 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222

Direito 2, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 20, 23, 25, 26, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 45, 47, 48, 50, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 62, 63, 64, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 80, 81, 84, 89, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 134,

135, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 174, 176, 177, 179, 180, 181, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 217, 222, 224, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 233, 234, 236, 238, 239, 240, 243, 244, 245, 246, 249, 255, 257, 263, 264, 265, 270, 273, 277

Direitos humanos 9, 12, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 29, 30, 34, 35, 36, 38, 41, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 75, 83, 95, 97, 98, 100, 101, 102, 104, 110, 111, 112, 113, 115, 117, 118, 121, 122, 123, 124, 125, 132, 133, 139, 177, 244, 245, 277

Direitos sociais 39, 116, 117, 128, 129, 131, 134, 137, 138, 139

E

Energia nuclear 84, 85, 86, 88, 89, 91, 92, 93

Estado 3, 4, 6, 7, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 20, 21, 25, 28, 29, 31, 33, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 47, 48, 55, 58, 62, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 73, 74, 75, 77, 78, 80, 81, 82, 87, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 102, 110, 111, 114, 117, 120, 124, 127, 128, 132, 133, 135, 136, 137, 138, 139, 151, 155, 157, 158, 160, 161, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 174, 175, 177, 178, 179, 189, 190, 191, 194, 196, 200, 201, 202, 205, 209, 211, 212, 229, 231, 232, 237, 243, 253, 257, 262, 266, 270, 271, 272, 273, 277

Estupro de vulnerável 224, 225, 226, 232, 234, 240

Exploração 181, 182, 187, 270

G

Globalização 5, 49, 50, 53, 55, 56, 57, 62, 63

I

Invalidez 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 135, 138

J

Jogos 146, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276

M

Medidas socioeducativas 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264

Meio ambiente 49, 50, 54, 55, 56, 57, 58, 62, 65, 66, 67, 69, 70, 72, 90, 277

Mídia 31, 57, 175, 177, 178, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 189, 190, 192, 246, 250, 269

Movimento 2, 38, 44, 77, 105, 106, 107, 108, 110, 154, 156, 159, 162, 163, 178, 188, 189

Movimentos sociais 31, 80, 174, 175, 178, 179

N

Negro 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81

Nome social 94, 95, 97, 100, 102

P

Pensão alimentícia 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 123, 124, 125, 126

Pobreza 54, 129, 132, 174, 175, 176, 177, 255

Povos tradicionais 65, 66, 69, 70, 71, 72

Proteção integral 12, 255, 257, 264, 265, 266, 270, 271, 272, 273, 275

Psicologia 7, 163, 172, 224, 225, 226, 227, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 241, 242, 244, 245, 246, 251

R

Refugiados 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64

S

Saber 22, 43, 95, 102, 107, 160, 176, 186, 205, 225, 240, 243

Sociedade contemporânea 2, 97, 191

T

Teoria das incapacidades 140, 141, 142, 144, 147, 149, 150, 151, 152, 153

Transformação 43, 45, 158, 265, 266, 267

V

Violência 41, 42, 53, 81, 97, 102, 104, 105, 110, 122, 124, 154, 155, 161, 175, 176, 177, 179, 181, 187, 192, 226, 228, 238, 240, 242, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 257, 265, 269, 270, 271, 272, 273, 275

Voto 13, 14, 46, 47, 60, 138, 193, 194, 195, 196, 197, 200, 201, 204, 205, 206, 207, 209, 238



***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

 **Atena**
Editora

Ano 2020



***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

 **Atena**
Editora

Ano 2020