



HEWLDSON REIS MADEIRA
MARCIA DA CRUZ GIRARDI
MARCIO FERNANDO MOREIRA MIRANDA
WILKER BATISTA CAVALCANTI
(ORGS.)

DIREITO

&

CIDADANIA

VOLUME 1

Compêndio do Núcleo de Pesquisas Jurídicas
da Universidade Estadual do Tocantins
campus de Augustinópolis



O primeiro compendio de artigos jurídicos do Núcleo de Pesquisa: Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais da Universidade Estadual do Tocantins - Unitins, campus de Augustinópolis-TO, teve como objetivo reunir trabalhos científicos nas temáticas acima referenciadas, em que os alunos juntamente com seus professores orientadores produziram ao longo do ano artigos científicos voltados para questões sociais. O presente livro é resultado do debate acadêmico de cunho científico tendo como resultado uma diversidade de temáticas com a finalidade de difusão do conhecimento para toda a comunidade acadêmica bem como para a sociedade em geral.



Direito & Cidadania



Direito & Cidadania

Volume 1

Compêndio do Núcleo de Pesquisas Jurídicas da
Universidade Estadual do Tocantins- campus de Augustinópolis

Organizadores

Hewldson Reis Madeira

Marcia da Cruz Girardi

Marcio Fernando Moreira Miranda

Wilker Batista Cavalcanti



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

Fotografia de Capa: Savvas Stavrinou @savvas-stavrinou-270619

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

MADEIRA, Hewldson Reis et al. (Orgs.)

Direito & Cidadania, volume 1: Compêndio do Núcleo de Pesquisas Jurídicas da Universidade Estadual do Tocantins-campus de Augustinópolis [recurso eletrônico]/ Hewldson Reis Madeira et al. (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

321 p.

ISBN - 978-65-5917-109-5

DOI - 10.22350/9786559171095

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Cidadania; 3. Pesquisas Jurídicas; 4. Augustinópolis; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação da obra	11
Os Organizadores	
1	12
A efetividade e a relativização do direito fundamental à saúde	
Lorrana da Silva Marques	
Hewldson Reis Madeira	
2.....	34
A revogação de mandatos como solução para a crise de confiança dos brasileiros nas instituições públicas	
S. João Victor Cruz	
R. Mateus Barbosa	
S. Isabela Thawana Cardoso	
S. Alexsander Honorato	
B. Wilker Cavalcanti	
3.....	47
A judicialização dos conflitos familiares: como a Constituição Federal de 1988 influenciou o direito de família no Código Civil de 2002	
Karina Fernandes Silva	
Márcio Fernando Moreira Miranda	
4.....	65
Supervigilância: uma reflexão sobre os sistemas de monitoramento inteligente e a ameaça ao direito de privacidade	
Isabela Thawana Cardoso Sousa	
Márcia da Cruz Girardi	
5.....	76
Neoliberalismo: uma visão autoritária da sociedade	
Ana Carolyne Nunes Cesar	
Jorge Paulo Pontes da Silva	
Walisson Soares Terto	
Marcio Fernando Moreira Miranda	

6.....	89
A influência da pirâmide de Hans Kelsen para a constitucionalização dos direitos fundamentais	
Bennet da Silva Ferreira	
Márcio Fernando Moreira Miranda	
7.....	104
Territorialidade e “desterritorialização”: (re)existência das comunidades quilombolas Carrapiché e Prachata do Bico do Papagaio	
Juno Brasil Custódio de Souza	
Márcia da Cruz Girardi	
8	122
Direitos Fundamentais e migração: uma análise da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017	
Vinicius Gomes de Souza	
Naiara Bárbara de Azevedo Holanda	
Márcio Fernando Moreira Miranda	
9.....	142
Direito de amamentação: uma análise sobre a proteção legal deste direito em locais públicos e privados no Brasil	
Ingrind Evellen Magalhães Ferreira	
Wilker Batista Cavalcanti	
10	156
O Sistema Penitenciário Brasileiro e sua relação conflitante com os Direitos Humanos	
Fernanda Santana Rodrigues	
Hewldson Reis Madeira	
11.....	165
Violência doméstica e familiar: incidência da Lei Maria da Penha e suas principais consequências prejudiciais ao réu	
Amanda Iussf Jabour Ferraz	
Hewldson Reis Madeira	
12	181
Acidentes de trânsito por embriaguez ao volante: dolo eventual ou culpa consciente?	
Leandro Martins Bandeira	
Hewldson Reis Madeira	

13	199
Violência sexual intrafamiliar contra crianças	
Ana Maria dos Santos Mota	
Hewldson Reis Madeira	
14	217
O executivo na composição da cúpula do judiciário estabelecido na Constituição de 1988: Uma análise crítica sob a ótica da separação de poderes	
Rodrigo Shayath da Silva Santo	
Wilker Batista Cavalcanti	
15	238
O meio ambiente do trabalho sadio como direito fundamental: intersecções na ordem constitucional brasileira	
Anne Harlle L. da Silva Moraes	
Tiago Alencar Cruz	
João E. R. Borges da Silva	
16	255
A (in)constitucionalidade da prisão em segunda instância sob a ótica da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal	
Leiliane Cristina Batista Ferreira	
Hewldson Reis Madeira	
17	273
O tratamento jurídico-penal referente à importunação sexual: a Lei nº 13.718/18 e seus impactos	
Elaynny Cristiny Pereira Lima de França	
Hewldson Reis Madeira	
18	287
Remição penal pelo trabalho na ressocialização dos apenados	
Elisbeth Silva De Oliveira	
Hewldson Reis Madeira	
19	305
Mudanças percebidas na organização e crescimento da pesca artesanal do Município de Praia Norte/TO a partir da fundação da colônia de pescadores Z26	
Edson Trajano Vieira	
Moacir José dos Santos	
Kamila Soares Leal	

Apresentação da obra

Os Organizadores

O Compêndio de artigos do Núcleo de Pesquisa em direito da Universidade Estadual do Tocantins- Campus de Augustinópolis (NUPETINS-2020) é fruto do trabalho árduo e contínuo de pesquisas em direito na região do Bico do Papagaio e na Região Tocantina.

O livro traz uma coletânea de diversos artigos científicos elaborados pelos alunos e professores do Curso de Direito da UNITINS- Campus de Augustinópolis.

A temática escolhida para esse Compêndio foi **Direito e Cidadania**. Os organizadores desse livro tiveram o cuidado de selecionar os melhores textos sobre essa temática.

Aos leitores, convidamos a apreciar essa leitura e agradecemos pela escolha desse livro.

Boa leitura!

A efetividade e a relativização do direito fundamental à saúde

*Lorrana da Silva Marques*¹

*Hewldson Reis Madeira*²

1. Introdução

O poder constituinte de 1988 classificou a saúde como segurança coletiva de responsabilidade estatal constituída sob a forma de atendimento gratuito, acesso universal e tratamento igualitário a todos os usuários do sistema, isto é, trata-se de direito social fundamental que garante assistência básica na forma de atendimentos, procedimentos interventivos e medicações específicas. Dessa forma, com o avanço da sociedade brasileira, a Constituição vive um próspero momento de efetivação de suas normativas legais, nas palavras Barroso (2009), “as normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento

¹ Acadêmica do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). E-mail: lorranadasilvamarques@gmail.com

² Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/ALFA, 2019). Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade de Taubaté (UNITAU/SP, 2013), Pós graduado em Políticas em Educação do Ensino Superior pela Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST/MA, 2014); Especialista em Direito Penal e Processo Penal (UGF/RJ, 2010), Graduado em Direito pela Faculdade de Imperatriz (FACIMP/MA, 2008). Atualmente é professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST) e da Faculdade de Imperatriz (Wyden/FACIMP). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST). Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - “Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais”. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. Desenvolve suas atividades acadêmicas na área do Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, com ênfase na Constitucionalização do Direito de Punir do Estado. E-mail: hewldson@hotmail.com

estritamente político, (...), e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais”.

Em consequência lógica deste quadro, o ordenamento jurídico-social do país vive uma crescente demanda de ações em torno da efetivação dos direitos básicos fundamentais, dessa forma, institutos como o da judicialização da saúde tem condenado o poder público a prestar serviços básicos de atendimento, versa novamente Barroso (2009) sobre o tema quando constata que tal obrigação não pode ser considerada isoladamente, pois compromete a continuidade das políticas de saúde pública, desorganiza a atividade administrativa e, conseqüentemente, impede a correta alocação dos limitados recursos públicos, pondo em controvérsia a normativa constitucional e a concreção prática do direito à saúde.

Entre a necessidade de se recorrer às vias judiciárias e o excesso do abuso do direito, quais os impactos em longo prazo da judicialização na política orçamentária de despesas estatais? Na realidade fática processual, o direito à saúde tem sido preservado? Até onde tal direito social tem imperatividade e quando ele deve ser relativizado? Quais as novas correntes de julgamento utilizadas pelo ordenamento brasileiro?

Além do interesse do pesquisador pela temática, o estudo encontra finalidade pelas seguintes razões: em campo jurídico — pelo conhecimento das controvérsias acerca da imperatividade em face da relativização do direito à saúde; no campo acadêmico — a pesquisa se reveste de importância pelas contribuições que trará para professores, pesquisadores, estudantes e profissionais da área de Direito; por fim, no campo social — a pesquisa justifica-se pelo fato de que o fenômeno da judicialização é um fator essencial para efetiva validade dos direitos fundamentais e pelo fato de que o aumento ações com este teor interfere diretamente na máquina estatal e na sociedade brasileira.

Assim delinearão-se os seguintes objetivos da pesquisa: o enfoque geral foi verificar até que ponto o plano abstrato constitucional alcançou o plano concreto judicial no que tange a demanda processual envolvendo medidas asseguradoras do direito à saúde. Não obstante, para ter uma

resposta mais eficaz para esse objetivo geral, traçaram-se os seguintes objetivos específicos: analisar os conceitos e a história da garantia constitucional, entender a organização das políticas e ações estatais de atendimento básico e avançado a população, analisar os desafios enfrentados pelo executivo frente à incidência de condenações no que tange a política orçamentária e, identificar a resposta do judiciário através dos julgados dos Tribunais Superiores para a pacificação da matéria.

A metodologia para se alcançar os objetivos aqui pretendidos quanto à abordagem será a qualitativa; quanto aos fins será descritiva e exploratória; e quanto aos meios será bibliográfica e documental.

O escrito encontra-se estruturado sob a forma de seis capítulos, que identificam o que é o direito a saúde, os desafios históricos enfrentados – da teoria do mínimo existencial até a saúde se considerada direito social fundamental na carta constituinte de 1988 – passando pela problemática da responsabilidade objetiva estatal e seus gastos orçamentários incidentais, encontrando conclusões no cenário que se encontram as normativas jurisprudenciais do STF sobre a efetivação da saúde.

2. A saúde e o direito à saúde

O Estado democrático de direitos nunca protegeu tanto como no cenário atual brasileiro assegurando e firmando prerrogativas igualitárias a todos os cidadãos, não obstante, tal feito não se trata de quadro estático social, mas sim de uma evolução lenta e gradual entre a percepção de um conceito utópico de equidade até a efetiva confirmação do ideal como garantia normativa. Assim, para compreender tal avanço é necessário que se explique a formação de um direito-dever, sobretudo do direito à saúde.

Uma condição orgânica do ser humano – como a saúde é, para se tornar um direito coletivo e pessoal, deve transcender as questões corpóreas e atingir um campo biossocial entrelaçando o Estado de tal maneira que o force a criar normativas que assegurem aquela condição como universal ao seu povo, sob esta viés, Ventura *et al.* (2010) afirmam que “em

sentido amplo e contemporâneo, saúde é sobretudo uma questão de cidadania e de justiça social, e não um mero estado biológico independente do nosso status social e individual” isto implica dizer que, a saúde deve ir além de um bem-estar físico e abranger uma boa qualidade de vida social, política e econômica instituída sob a forma quer sejam de políticas públicas, quer sejam pela aplicação das sanções legais cabíveis.

O direito à saúde, por sua notável necessidade de proteção legal, implica, sobretudo, em prestações positivas – dentre elas a oferta de serviços e a promoção de projetos assistenciais – sendo caracterizado precipuamente como um direito social, que comporta uma dimensão individual e outra coletiva em sua realização, ENGELHARDT JR. (1998, *apud* VENTURA *et al.* 2010) aponta um dos maiores desafios da saúde quando diz:

Uma primeira dificuldade ética na identificação da saúde como um bem a ser tutelado pelo Direito é estabelecer critérios universalizáveis para definir este bem, ou mesmo os benefícios ou as necessidades para determinada pessoa ou comunidade, considerando que dependem de uma valoração específica, nos diversos contextos morais e sociais, e, em especial, nas sociedades pluralistas.

Dadas as duas vertentes de realização da prerrogativa, os dispositivos nacionais e internacionais de direito então, na figura de seus legisladores, bem como o Estado responsável pela aplicação de normas, enfrentam constantemente o dilema entre o individual e o coletivo, sobretudo quanto a legitimidade de leis que restringem liberdades em prol de determinado interesse social.

3. O direito à saúde nas constituições brasileiras

O século XX e seus tratados pactuados internacionalmente tiveram grande influência na legislação brasileira, sobretudo na fixação de direitos e deveres universais que resultaram na República Federativa em vigência, o Brasil – antes como Monarquia, depois Império e agora República – adotou ao longo de suas 7 (sete) Constituições diversas maneiras de legislar

sobre a saúde, por vezes omitida do grupo de garantias pactuadas. Por oportuno, antes de adentrar no mérito do cenário atual de direitos, é necessário que a saúde, como prerrogativa constitucional, seja analisada por um viés histórico dentro do ordenamento jurídico.

Após a dissolução da primeira Assembleia Constituinte, foi outorgada, no Império em 1824, a primeira constituinte brasileira advinda de um embate entre Imperador e legisladores, o documento elaborado pelo Conselho de Estado instituiu, como principais pontos: a quadripartição de poderes entre Executivo, Legislativo, Judicial e Moderador; Monarquia unitária e hereditária; eleições indiretas com voto censitário e público; Estado católico; e, submissão da Igreja ao Estado – Castilho (2014). No cenário onde o Imperador era o topo do poder e a organização social era puramente oligárquica, a saúde ficou excluída de acento constitucional, uma vez que, “embora se tivesse a intenção de almejar os ideais libertários, os mesmos não foram atingidos, dadas as grandes desigualdades sociais que vigoravam na época” devido ao ideal de livrar o Império do colonialismo, mas “sendo mantidos os interesses e os favores das classes privilegiadas” onde ainda não havia a universalidade de direitos extensível a população que não se achasse na elite aristocrática, como apontam Wesley Carlos Ribeiro e Renata Siqueira Júlio (2011),

A Carta Máxima de 1891 trazia, na Seção II, a Declaração de Direitos Constitucionais, onde o art. 72 elencava a brasileiros e estrangeiros residentes na República “a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade” além de direitos como *habeas corpus*, liberdade de reunião e de livre associação. Todavia, o texto normativo foi omissivo quanto ao direito à saúde e as garantias colimadas não tiveram eficácia, dado cenário político figurado pelo coronelismo detentor do poder efetivo de fato.

Com a revolução de 1930 e a Revolução Constitucionalista de 1932, a primeira constituição do século XX aponta, em 1934, as medidas para a garantia de direitos sociais, econômicos e culturais. O art. 10º, inciso II foi o primeiro dispositivo máximo a dispor sobre saúde e suas políticas

públicas, cabendo à União e aos estados legislar concorrentemente, porquanto fizesse tal citação, a carta de 1934 fomentava a saúde de maneira superficial e teve curta duração – vez que, com três anos de vigência, foi substituída por sua sucessora, a Constituição de 1937.

A “*Polaca*”, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, foi marcada pela negação da efetividade dos direitos básicos e autoritarismo concentrando o poder nas mãos do chefe do executivo, trazia sanções duras como a pena de morte em crimes políticos e homicídios qualificados, em outras palavras:

A carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo. (Silva, 2010, p.85 apud Castilho 2014).

Embora tenha tratado a saúde como competência privativa da União e tenha legislado de forma tímida (ou ainda nula) sobre tal garantia fundamental, o quarto texto constitucional brasileiro foi responsável por, em âmbito federal, intensificar ações governamentais sobre o combate a endemias e epidemias, em esfera estadual, ampliar e reformular organizações de saúde; trazia também a assistência ao trabalhador, à criança, à maternidade e à invalidez.

Em um período pós Getulista e pós-Segunda Guerra Mundial promulga-se a Constituição Federal de 1946, marcada pela junção entre a estrutura do texto de 1891 com os ideais protecionistas de direitos da constituinte de 1934. Nesta senda, colocava o poder nas mãos do Legislativo tirando do Executivo sua função típica de decisão, ficando por competência da União legislar sobre assuntos da saúde onde aumentou-se a proteção ao trabalhador auferindo-lhe vantagens previdenciárias, não obstante Castilho (2014), ressalta que embora o quadro social internacional levantasse debates sobre o Constitucionalismo e dos direitos Fundamentais surgidos no pós-guerra, a Normativa “nasceu de costas para o futuro”,

vez que repetiu o modo limitado de aplicar os direitos coletivos tal como as anteriores.

A carta de 1967, outorgada dentro do regime cívico-militar, representou o cenário de recrudescimento de Direitos e liberdades onde suprimiu novamente o direito a saúde – embora tenha destinado tópicos para competência da União e criação de Plano Nacional regulador, trata-se de um documento que se absteve à esfera formal sendo substituído, rapidamente, pelos Atos Institucionais (AI's) vigentes de fixação do regime arbitrário e autoritário repressor dos direitos humanos, uma vez que instituíram a censura e a tortura. Nessa conjectura, o país passou o final da década de 1960, bem como as duas subseqüentes, imergido em tal regime, não obstante, em meados da década de 70, começam a surgir movimentos revolucionários pelo fim da ditadura brasileira, anistia nacional e eleições diretas, valendo a notável ressalva de que é criado em 1975 o Sistema Nacional de Saúde (antecessor do atual SUS) fazendo o atendimento à saúde começar a ser ofertado universalmente como prerrogativa aos brasileiros.

Já em 1987 – por consequência da restituição da eleição direta para presidente, do direito ao voto dos analfabetos e da multiplicidade partidária em 1985 – após constantes deliberações internacionais, “por iniciativa da Previdência Social foi proposta a unificação dos sistemas de saúde, em nível estadual, com a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde” Raeffray (2005, p. 248 *apud* CASTILHO 2014), ensejando um novo cenário de prerrogativas sociais e coletivas aos cidadãos, a sétima constituinte e primeira do novo Estado democrático seria então a responsável pela formalização dos Direitos e Garantias Fundamentais no Brasil – dentre eles o direito de acesso à saúde e a institucionalização do Sistema Único de Saúde (SUS).

4. Constituição cidadã de 1988: a influência da declaração universal dos direitos humanos e a aplicação da teoria do mínimo existencial

A Assembleia Constituinte de 1987 carregava consigo a exasperação popular de mudança governamental derivada das arbitrárias atitudes

instituídas pelos AI's e objetivava o fim de mais de duas décadas de supressão de direitos fundamentais em virtude do regime ditatorial brasileiro. Cabia então aos componentes do Congresso Nacional deliberar acerca de direitos e deveres, planos assistenciais, competências e legitimidades para a nova forma de organização brasileira. Deste movimento nasce a Constituição Federal da República Brasileira, em 1988, que marca a redemocratização do país. Tal documento deriva de uma junção do conceito de liberdade e igualdade com os princípios positivados em documentos internacionais.

No plano dos direitos humanos, sobretudo à saúde, um dos documentos mais importantes para a efetivação do rol de garantias fundamentais foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Trata-se de documento firmado após o fim da Segunda Guerra Mundial na Assembleia das Nações Unidas realizada na França em 1948, onde diversos representantes jurídicos de diferentes culturas mundiais reconheceram a “dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis” como “fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (ONU, 1948) – acompanhada pelo Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (e protocolos opcionais) – foi proclamada com teor de norma universal a ser alcançada por todos os povos e nações.

Outra premissa essencial derivada dessa declaração de direitos e fortemente aplicada na constituição de 1988, foi a Teoria do Mínimo Existencial, suscitada da controvérsia entre quais seriam os direitos sociais a serem considerados como universais, em outras palavras:

A questão do mínimo existencial suscita inúmeras controvérsias como, por exemplo, a conceituação, a identificação de quais prestações são indispensáveis para a manutenção de uma vida digna, a função do Estado na promoção e proteção do mínimo existencial (...) (GUERRA e EMERIQUE, 2006).

A teoria está intimamente ligada com a ideia de justiça social, pois se refere aos direitos e garantias necessárias para uma existência digna – já

que com o pacto da DUDH restou necessário que se firmasse direitos humanos máximos e comuns a toda população mundial – em outras palavras, o mínimo se baseia na garantia de um conjunto de direitos: essenciais, de base igualitária, extensíveis a todos os cidadãos, presentes nas leis máximas de cada Estado-nação e que não podem ser diminuídos em virtude de alteração de governos, mas sim aumentados gradativamente para a garantia da Dignidade e autoafirmação dos povos, cabendo então ao poder constituinte de cada país legislar sobre o mínimo existencial necessário para sua população.

No contexto da saúde, a DUDH – e a conseqüente teoria dos direitos básicos – foi o principal escrito que a classificou como direito social, uma vez que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”. Tal en-xerto do art. 25 posteriormente foi incorporado na constituição brasileira de 1988, sob a forma do art. 6º:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Art. 6º, CF/88)

Os legisladores não se abstiveram a prerrogativa genérica, por outro lado, destinaram seção própria dentro da seguridade social para a regulamentação da saúde como direito de todos e dever do estado sendo disponível por políticas públicas, “esse destaque dado ao Direito à Saúde trouxe diversos avanços, como o Sistema Único de Saúde (SUS) que, segundo estimativa atual do Ministério da Saúde, é utilizado por cerca de 80% dos brasileiros” apontam Araújo e Fonseca (2012), em análise sobre a realidade social da Constituição.

Em suma, garante o texto constitucional que a saúde deve ser ofertada de forma preventiva e reparadora na forma de ações e serviços, correndo como responsabilidade direta do Estado as normativas

específicas para o acesso universal e igualitário do sistema aos cidadãos brasileiros, dessa forma a preservação dos direitos humanos deve ultrapassar o texto constitucional e permear toda a legislação infraconstitucional.

5. A universalidade do direito e a judicialização da saúde

O Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos (Sistema ONU ou Sistema Universal), derivado da Carta das Nações Unidas em 1945, designou que os “Estados-partes devem promover a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais demarcando o início do processo de universalização dos direitos” (PIOVESAN, 2013), de tal dispositivo incorporado ao Estado democrático brasileiro, advém a característica principal dos Direitos Fundamentais: a universalidade. Tal particularidade é tida como premissa constitucional constante no art.5º vigente, onde pode ser entendida como o alcance indistinto dos direitos a todas as pessoas independentemente de cor, raça, idade, sexo ou religião, isto é, a abrangência de todos os povos pelos direitos humanos.

Por outro lado, a efetivação dos direitos coletivos e sociais não depende exclusivamente da normativa constitucional, mas também da confirmação em plano concreto por meio dos poderes da União: o legislativo, regulamentando normativas de aplicação; o executivo, cumprindo planos de ação e políticas Estatais e o judiciário, fiscalizando lesão ou ameaça de direito. Entretanto tem se tornado cada vez mais comum aos cidadãos terem que recorrer as vias judiciárias para terem acesso ao seu direito material, sob este aspecto vigora o direito de acesso à justiça (art. 5º XXXV, CF/88) por meio da judicialização de direitos.

Nas palavras de Barroso (2009) “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”. Tem-se então uma transferência de poder ao juízo *a quo* e tribunais *ad quem* para aplicação e efetividade do direito, tal fenômeno não deriva de uma causa específica única algumas delas de âmbito internacional e outras vindas do cenário brasileiro.

Luís Roberto Barroso (2009) aponta os três pilares de surgimento da Judicialização: o primeiro foi a Redemocratização brasileira que culminou na Constituição de 1988, onde o Poder Judiciário foi expandido e suas funções fortalecidas, assumindo a postura de poder político guardião e promotor das leis e da Constituição, a figura do Ministério Público também passou a ser reconhecida além da esfera criminal sendo vista como um órgão fiscalizador do direito e a Defensoria Pública ampliou sua efetividade em todo âmbito nacional, ampliando a busca por justiça e direitos iguais; a segunda base se encontra na constitucionalização abrangente que reuniu na carta máxima temas essenciais que eram colocados em legislações ordinárias com objetivo de transformar Política em Direito, isto implica dizer que, se uma questão é transformada em norma constitucional (a saúde em direito à saúde, por exemplo) uma vez violada a prerrogativa nasce uma pretensão de jurídica arguida através ação judicial (por exemplo, ações concretas sobre garantia de procedimentos cirúrgicos e medicação); a última base se encontra no controle de constitucionalidade e sua enorme abrangência, se trata de controle híbrido mesclando a via americana pela qual o juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional – controle difuso e indireto – com o modelo europeu de ações próprias julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a (in)constitucionalidade ou omissão de normas – controle concentrado e direto).

No que diz respeito a judicialização da saúde, a demanda de ações segue duas vertentes, a primeira diz respeito aos direitos individuais onde se ressalta a atuação dos escritórios particulares de advocacia e da Defensoria Pública na busca pela efetivação de prerrogativas para preservação ou reestabelecimento da saúde; a segunda diz respeito aos direitos coletivos em que o Ministério Público atua como polo legítimo processual para defesa dos direitos individuais indisponíveis, coletivos e difusos, isto incorre no fato de que o cenário da judicialização tem tomado novos contornos nunca vistos:

Compelindo magistrados, promotores de justiça, procuradores públicos, advogados, (...) a lidarem com temas oriundos do Direito Sanitário e da política pública de saúde, nos três níveis de governo, e, também, compelindo gestores públicos de saúde a lidarem com a garantia deste direito social, em cada caso individual apresentado, através de uma determinação oriunda do Poder Judiciário que, muitas vezes, contrasta com a política estabelecida em matéria de assistência à saúde e com a própria lógica de funcionamento do sistema político. (MARQUES 2012, apud OLIVEIRA 2013).

Com a saúde judicializada as ingerências e o mau procedimento na esfera executiva tem sido corrigidos e os julgamentos de mérito têm cada vez mais garantido a normativa constitucional, não obstante, a judicialização não se prende aos julgamentos de 1ª Instância, mas também se configura na forma de audiências de consulta pública, na atuação do STF – como guardião constitucional e instância de julgamento extraordinário – e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – como supervisor dos deveres funcionais dos juízes e da transparência nas atividades – conferindo ao judiciário maior aplicação do mínimo existencial levando condições assistenciais àqueles que recorrem as vias judiarias.

6. A responsabilidade estatal *versus* os impactos orçamentários

Para além do dispositivo constante no art. 6º, a Carta de 1988 elenca na Seção II, refere à seguridade social, a responsabilidade estatal sobre a regulamentação, fiscalização e controle sobre as ações e serviços públicos de saúde. A Lei nº 8080/90 (Lei do SUS) ressalta ainda que os níveis de saúde refletem a organização social e econômica do país uma vez que servem como determinante e condicionante de fatores como alimentação, moradia, saneamento básico, educação e entre outros. Trata-se então de responsabilidade objetiva que incide tanto no plano abstrato com a criação de norma e políticas de ação, quanto no plano concreto, nas ações que versem sobre condutas comissivas e omissivas dos entes federativos na prestação de assistência médico-sanitária.

Em sede de judicialização, pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça, e confeccionados pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER, 2019), apontam para um aumento de cerca de 130% nas demandas de 1ª Instância e de 80% na 2ª Instância sobre ações em juízo cujo objeto é o direito à saúde. Quando considerado o comparativo temporal dos anos de 2008 a 2017, o relatório demonstra que as lides processuais em torno da assistência pública versam principalmente sobre “tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos”, vez que os temas pertinentes à saúde privada (ou suplementar) versam sobre “plano de saúde, seguro e saúde” marcando o aumento na incidência processual buscando a garantia constitucional colimada. Quanto ao teor das decisões de mérito, enquanto no primeiro grau onde figuram como polo passivo os estados, os municípios e as seguradoras com semelhante força, as sentenças giram em torno do fornecimento de medicamentos, procedimentos médicos, concessões de tutela e liminares; já os tribunais de segundo grau, as seguradoras tem menor força e o polo demandado fica mais caracterizado pelos municípios e estados com os acórdãos versando sobre próteses, leitos e procedimentos.

Ainda nesse viés, o relatório constatou que a qualidade da prestação jurisdicional dessas ações não tem sido a desejada, Bianchi (2019) afirma que a própria cúpula do Judiciário reconheceu o feito danoso, vez que os magistrados não detêm a administração orçamentária das empresas de saúde e proferem decisões fora dos padrões do CNJ (que servem de ferramenta para a ponderação das decisões), em outras palavras, menos de 1/5 dos julgados usam fundamentação específica baseada em pareceres técnicos, ficando a decisão fora do ideal de equidade do direito tanto aos demandantes quanto aos demandados.

No que diz respeito a má prestação jurisdicional em face da condenação estatal a determinada obrigação assistencial, suas deliberações culminam em problemas ainda maiores: a descontrolada realocação orçamentária para a execução do dispositivo judicial e o impacto financeiro gerado nas contas públicas. Porém, antes de adentrar em tais

controvérsias, se faz necessário analisar o procedimento de gerência estatal de verbas, assim, para a correta programação e gerência da máquina pública, em face de toda a demanda de repasse de valores, são necessários planos de execução orçamentária de competência do Poder Executivo.

Tais planos envolvem três importantes documentos: o Plano Plurianual (PPA, com duração de 4 anos) responsável pelo plano de ação governamental de determinada gestão; a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO, duração de 2 anos) responsável pela execução de metas previstas no plano de ação; e, a Lei Orçamentaria Anual (LOA, renovação anual), documento chave para previsão das receitas e pagamentos de despesas estatais como a judicialização da saúde. Para o correto processo de gestão de recursos a LOA, com ciclo procedimental de 2 anos, depende de planejamento executivo e aprovação legislativa – do teor e das contas no pós-exercício anual – com a discriminação de todos os movimentos futuros, segundo princípios financeiros próprios, neste ponto incide a controvérsia, suscitada na pesquisa do INSPER: como fazer a reserva e a correta descrição de recursos anuais a saúde com a incidência desordenada de decisões arbitrárias de mérito acerca de tal direito de acesso?

Neste aspecto discorre Alencastro (2014) que para cada liminar ou tutela concedida, há valores do orçamento destinado às ações e políticas públicas que tem de ser deslocados do planejamento médico-sanitário. Tal verba seria aplicada na propositura do bem estar coletivo no espectro dos direitos fundamentais mínimos, em outras palavras, a realocação de verbas causaria a relativização da universalidade da saúde criando uma espécie de preferência entre pretensões particulares em detrimento de uma política pública planejada – violando a premissa administrativa da proteção do interesse comum.

Outro fomento da controvérsia está na irreversibilidade da concessão de tutela, onde a própria lei processual civil (art. 300, §3º CPC/2015) veda o deferimento de antecipação de tutela se há risco de dano irreparável ao direito e a parte oposta processual, em se tratando do Estado e de sua responsabilidade objetiva, devido à grande demanda da judicialização, estas

condenações acarretariam em não efetividade do planejamento orçamentário e consequente impacto na sociedade no que tange as políticas e serviços, fornecimento de medicamentos e a execução de procedimentos coletivos de saúde. Partindo desta discursão, desponta no ordenamento jurídico uma necessidade de racionalização dos entendimentos dos tribunais de justiça e tribunais superiores a respeito da Judicialização, que equilibre a efetividade do direito à saúde afastando a excessiva onerosidade orçamentária.

7. A racionalização de posicionamentos do STF: novos possíveis métodos de ponderação judicial

A incidência da judicialização da saúde, como visto, não é uma problemática surgida recentemente, pelo contrário, com o advento da Constituição Federal e sua ampla proteção ao cidadão brasileiro, a demanda pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais aumentou ao longo dos mais de 30 anos de promulgação da Carta Máxima. Dessa forma as medidas tomadas pelo poder Judiciário apresentam uma constante evolução no que diz respeito aos critérios de julgamento do STF e STJ, historicamente caracterizadas em três etapas (BALESTRA NETO, 2015): a primeira fase, iniciada em 1990, é marcada majoritariamente pelas jurisprudências dos Tribunais alegando a impossibilidade da interferência do Judiciário nas políticas públicas de saúde, as decisões eram baseadas no fato da norma constitucional apresentar eficácia programática não imediata denegando os pedidos de tutela incidentes nas cortes; a segunda fase deu-se no começo da década de 2000, onde os posicionamentos jurisprudenciais favoreciam indiscriminadamente os usuários do Sistema Único de Saúde baseados na fundamentalidade concreta do direito à saúde como instrumento meio para a preservação do direito à vida; a terceira fase marca o cenário atual derivado do confronto entre a denegação rígida do direito e a concessão desregulada da prestação jurisdicional, incorrendo este em onerosidade demasiada no repasse orçamentário.

Em análise ao quadro judicial encontrado nas instâncias especial e extraordinária, clara representação da controvérsia presente na última etapa da judicialização se encontra pacificada na questão remetida ao plenário do supremo pelo RE 657.718 MG que versa sobre a responsabilidade estatal pelo fornecimento de medicamentos não regulados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), salienta a decisão:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA. IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL, SALVO MORA IRRAZOÁVEL NA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE REGISTRO. O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. (Recurso Extraordinário nº 657.718 MG Plenário do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Marco Aurélio, Julgado em 22/05/2019).

Tal discursão de mérito pautou-se na efetividade imediata do direito à saúde frente a Judicialização excessiva e consequente impacto orçamentário no que diz respeito às políticas públicas implementadas pelo Estado. O teor do voto-vista (Ministro Alexandre de Moraes) foi cristalino ao exprimir que “não se trata de negar direito fundamental à saúde. Trata-se de analisar que a arrecadação estatal, o orçamento e a destinação à saúde

pública são finitos” a decisão vai mais além ao ressaltar a análise de casos excepcionais levados ao judiciário onde os magistrados devem utilizar do raciocínio para equilibrar a prestação assistencial pleiteada e o impacto da condenação estatal.

Este, assim como outros recentes julgados, demonstra uma crescente racionalização de acórdãos e decisões que tem considerado as consequências a longo prazo das condenações estatais sob o viés de um perigo real de crise na alocação de recursos e violação dos princípios administrativos – primazia do interesse público, aponta Balestra Neto (2015):

Atualmente, a jurisprudência (...) tem observado os critérios postos pelas políticas públicas sanitárias estabelecidas pelo Estado brasileiro, sem se olvidar de conceder tutelas jurisdicionais especiais para situações específicas e graves, ponderando no caso concreto o direito do cidadão a ter providas suas necessidades sanitárias e os critérios da Administração Pública para o fornecimento das prestações materiais em saúde.

O relatório apresentado pelo CNJ (INSPER, 2019), reconhecendo o viés da ponderação, aponta então soluções a serem desenvolvidas para o refreamento da judicialização excessiva, tais como: a formação de magistrados em direito sanitário; o acesso facilitado a legislação sanitária e políticas públicas essenciais; a articulação dos agentes locomotores da judicialização (ex. secretarias de saúde, defensorias públicas, ministérios públicos e magistrados); a incorporação de novas tecnologias ao SUS; incentivos a resolução extrajudicial de conflitos como também a criação de varas especializadas em saúde. Trata-se então de reviravolta na efetivação de direitos, pautada não na reforma normativa do ordenamento jurídico, mas sim em subsídios práticos as políticas já implementadas para efetivação garantia constitucional à saúde, dessa maneira, o excesso de judicialização encontra atenuantes na ponderação dos casos concretos incidentes e nos novos métodos de racionalização do direito sanitário.

8. Considerações finais

A saúde, tal como as demais necessidades básicas essenciais para o bem-estar humano, sofreu um enorme impacto histórico quanto a sua positividade: primeiro, pelas omissões constitucionais ocorridas no império de Dom Pedro II e na república recentemente proclamada; passando pelo desejo de confirmação dela como direito básico nas constituições de 1934 e 1946; e, enfrentando o recrudescimento de direitos entre 1964 a 1985 com o regime ditatorial. A nova constituinte brasileira seria então o resultado de um contexto histórico-social marcado pela arbitrariedade de direitos interna e externa ocorrida no século XX e pela necessidade de liberdade, segurança e democracia que emanava dos cidadãos.

A Assembleia Constituinte, ciente de tal quadro e apoiada nos ideais igualitários e fraternos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulga em 1988 uma carta cidadã que conferiu ao povo brasileiro poder decisão e voto assegurando-lhes direitos e garantias fundamentais igualitários, derivados do ideal de mínimo existencial necessário para a dignidade da pessoa humana, a saúde passa a ser entendida como garantia universal de responsabilidade do Estado ofertada por meio de políticas públicas e planos assistenciais.

Com a volta da democracia e das liberdades individuais os cidadãos passaram a procurar e conhecer suas prerrogativas e deveres e no estado de direitos em exercício que, como consequência, surgem novos instrumentos jurídicos (partindo da normativa legal abstrata) para confirmar as garantias constitucionais em plano concreto – o agora direito à saúde encontra na dicotomia “normativa-realidade” novas bases de discussão, neste ponto, a judicialização apresenta suas causas e efeitos em longo prazo. Diante de todos os pontos controvertidos e analisados, a pesquisa se confirma em sua importância jurídico-social e em seus objetivos, uma vez que demonstra as vertentes da judicialização da saúde enquanto meio de efetivação do direito e quanto fator de relativização da normativa em face do impacto financeiro ao ente Estatal.

A revisão bibliográfica utilizada mostrou-se suficiente à pesquisa restando claras as vertentes originárias da judicialização, caracterizada como consequência lógica dos mais de 30 anos de adaptação da sociedade à Constituição de 1988. O estudo amplia a concepção da temática, pois apresenta o sinalagma jurídico do instituto pautado na garantia da prestação jurisdicional e na responsabilidade estatal objetiva. As hipóteses levantadas sobre as consequências a longo prazo da judicialização encontraram evidências na pesquisa encomendada pelo CNJ que apontou um aumento de 130% nas demandas em primeira instância e de 80% em segunda instância de ações envolvendo assistência médica ou fornecimento de insumos, num comparativo entre 2008 a 2017, tais dados informaram um consecutivo aumento nas condenações estatais ao cumprimento de obrigações decorrentes da responsabilidade constitucional.

Por conseguinte, necessário se fez analisar a extensão dos efeitos financeiros causados pela judicialização excessiva nas políticas coletivas e ações sociais de saúde, tal tema tem sido analisado e resolvido por uma nova corrente de entendimento iniciada pelo STF ao julgar o recurso extraordinário desobrigando o Estado a fornecer medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária o entendimento está pautado na ponderação da obrigatoriedade de prestação da tutela para efetividade do direito universal, em outras palavras, a seletividade dos julgamentos deve ser resolvida pela análise de prerrogativas do caso concreto em particular para afastar o alto grau de onerosidade estatal que interfira nos planos de assistência à saúde.

Em últimas considerações, novas políticas complementares podem ser implementadas no cenário jurídico processual, apontam os dados coletados pelo INSPER (2019), como exemplo a regulamentação do direito sanitário no curso de formação dos magistrados como também ao longo da carreira jurídica e o incentivo a resolução extrajudicial de lides versando sobre prestação médico-sanitária, desponta então nos tribunais uma nova etapa da judicialização: a racionalização do direito fundamental à saúde.

Referências

- ALENCASTRO, Carlos. **A judicialização da saúde e seus impactos no Direito e no orçamento**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/31774/a-judicializacao-da-saude-e-seus-impactos-no-direito-e-no-orcamento> >, 2014. Acesso em 10 de novembro de 2019.
- ARAÚJO, Luís Felipe; FONSECA, Charlie Rodrigues. **A influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos no Direito brasileiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3200, 5 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21440>>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.
- BALESTRA NETO, Otávio. **A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade**. Revista de Direito Sanitário, v.16 n.1, p. 87-111, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111>>. Acesso em 22 de novembro de 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: < <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf> >, 2009. Acesso em 31 de agosto de 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009.
- BIANCHI, Fernando. **Responsabilidade x judicialização da saúde**. Estadão, São Paulo, ano 24, 23 de março de 2019. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/responsabilidade-x-judicializacao-da-saude/>>. Acesso em: 05 de novembro de 2019
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao091.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2019.
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2019.

BRASIL, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 15 de novembro de 2019.

BRASIL, Lei nº 8.080 de 19 setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Brasília, DF, setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

BRASIL. STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 657718 MG, 2011. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 22/05/2019. STF, 2019. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144> >. Acesso em: 20 de novembro de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Relatório Analítico Propositivo Justiça e pesquisa. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução**. Instituto de Ensino e Pesquisa. São Paulo, 2019.

CASTILHO, Paula de Abreu Pirotta. **O direito à saúde nas Cartas constitucionais brasileiras**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 09 Set. 2014. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/322090-0-direito-a-saude-nas-cartas-constitucionais-brasileiras>. Acesso em: 15 de outubro de 2019.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, v. 9, p. 382, 2006.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes. **A judicialização da saúde no Brasil**. Tempus Actas de Saúde Coletiva, v. 7, n. 1, p. 79-90, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Wesley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. **Direito e sistemas públicos de saúde nas constituições brasileiras**. Novos Estudos Jurídicos, v. 15, n. 3, p. 447-460, 2011.

UNITED NATIONS. **The Universal Declaration of Human Rights**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

VENTURA, Miriam et al. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Physis: Revista de Saúde Coletiva, v. 20, p. 77-100, 2010.

A revogação de mandatos como solução para a crise de confiança dos brasileiros nas instituições públicas

*S. João Victor Cruz*¹

*R. Mateus Barbosa*²

*S. Isabela Thawana Cardoso*³

*S. Alexsander Honorato*⁴

*B. Wilker Cavalcanti*⁵

1. Introdução

Antes de falarmos sobre democracia, faz-se necessário recorrer à doutrina brasileira para entendermos o importante conceito de “povo”.

Segundo Paulo Bonavides (2000), existem três conceitos de povo, quais sejam: o político, o jurídico e o sociológico. Ele afirma também que o mais adequado, ou o que melhor pode definir o povo é o conceito jurídico:

¹ Acadêmico do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

² Acadêmico do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

³ Acadêmica do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

⁴ Acadêmico do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

⁵ Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Doutor em função social do Direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2019), mestre em Administração pela FEAD (2014) com ênfase em Gestão Pública, especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2014) e em Metodologia da Educação Superior pela Universidade Estadual do Maranhão (2005), graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes - Rio de Janeiro (1996). Atualmente é Assessor Jurídico da Prefeitura Municipal de Imperatriz e professor universitário. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Atua principalmente nos seguintes temas: Direito Constitucional, Direito Administrativo e Processo Civil. É advogado. Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - “Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais”. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. E-mail: wilkercavalcanti@hotmail.com

“Só o direito pode explicar plenamente o conceito de povo. Se há um traço que o caracteriza, esse traço é sobretudo jurídico e onde ele estiver presente, as objeções não prevalecerão.

Com efeito, o povo exprime o conjunto de pessoas vinculadas de forma institucional e estável a um determinado ordenamento jurídico [...]”. (PAULO BONAVIDES, 2000, p. 92).

Dessa forma, povo é o conjunto de pessoas que se encontram sujeitas a um determinado regime jurídico, estabelecido por normas, que tornam esse vínculo de sujeição formal e estável, além disso, não se confunde com a cidadania, vez que esta somente existe com o pleno gozo dos direitos políticos, já a relação povo-estado, existe ainda que os direitos políticos de uma pessoa pertencente ao povo, estejam suspensos, como por exemplo no âmbito do direito penal.

Entendido isto, passa-se à análise do conceito de democracia. A democracia é hoje a mais importante forma de governo ou o mais importante regime político existente, haja vista o fato de ser utilizada quase unanimemente nos países do mundo. Conforme Kelsen (2000), ela consiste no poder de governo exercido pelo povo e em benefício da coletividade. Já Montesquieu (2000, p. 19) diz que *“quando, numa república, o povo como um todo possui o poder soberano, trata-se de uma democracia”*, ou seja, democracia é então, o regime sociopolítico em que o povo exerce o poder.

No decorrer da história, manifestam-se três modelos da forma democrática, ou seja, “a forma pela qual o povo participa do poder dá origem a três tipos de democracia, qualificadas como *direta, indireta ou representativa e semidireta*. (SILVA, José Afonso, 2014, p. 138), pensamento esse que coaduna com o de Azambuja (2008), que também divide a democracia nas referidas formas.

A democracia direta, como versa Ferreira Filho (2012), consiste no regime político no qual as decisões fundamentais são prolatadas pelo povo diretamente. Já José Afonso da Silva (2014, p. 138), entabula que “Democracia direta é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando; constitui

reminiscência histórica”, ou seja, os cidadãos decidem e fazem tudo na chamada “coisa pública”.

Na Grécia Antiga, esse processo acontecia com a reunião dos cidadãos em assembleia, lá eles deliberavam sobre os diversos conteúdos pertinentes à vida em sociedade, e mediante o voto de cada um desses cidadãos, eram tomadas as decisões necessárias, fazendo-se presente então, a vontade popular, que dentro do conceito de democracia é a substância mais importante, principalmente quando se utiliza da interpretação literal do termo, que em tradução, é o governo ou poder (*kratía*) do povo (*dêmos*). No entanto, baseado no que Azambuja (2008) versa, é válido apontar que nem no modelo grego foi encontrado o atual ideal de democracia direta, pois nesse modelo o povo deve tomar as decisões, o que de fato não acontecia na Grécia Antiga, haja vista o baixo número de pessoas que se reuniam na assembleia política, se comparado ao número total da população. Naquela época, somente os cidadãos participavam das decisões concernentes à coisa pública, tendo em vista que somente homens com mais de 21 anos, não pertencentes a determinadas classes como artesãos e comerciantes, nascidos em Atenas, filhos de pais atenienses, poderiam participar dessas assembleias, excluindo-se ainda todas as mulheres, os escravos e os pobres. Dessa forma, até na Grécia Antiga a democracia tida hoje por direta, não era inteiramente aplicada, já que somente a minoria da população participava das assembleias para decisões e estabelecimento de normas.

A democracia indireta ou representativa, por sua vez, tem por viés principal a eleição de representantes que realizem as funções governativas, legislativas e judiciais. Ferreira Filho (2012) aborda a democracia representativa da seguinte forma: “Veio a ser chamado de democracia representativa. Um tipo de democracia em que o povo se governa indiretamente, por intermédio de representantes que elege”. Outro conceito, é o de José Afonso da Silva que diz que:

“Democracia indireta, chamada de democracia representativa, é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado

diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente”. (SILVA, José Afonso, 2005, p. 136).

A democracia representativa é, portanto, o regime político em que o povo, por meio de eleições, outorga poder a representantes, que por sua vez, o exercem em prol daqueles que o legitimaram. Nota-se que para que se configure como democracia, existe mais um requisito, a periodicidade, o entendimento é de que não há democracia quando o representante permaneça em seu cargo *ad eternum*.

Nesse ínterim, a democracia semidireta, constitui-se na terceira faceta do modelo de governo democrático, e conforme Paulo Bonavides (2000, p. 364), consiste na “entrega de instrumentos de participação política ao povo, que garantem ao mesmo, conservadas, embora em parte, as formas representativas e a palavra final relativa a todo o ato governativo”. Ela também é chamada de democracia participativa, e conforme Ferreira Filho (2012), é um regime basicamente representativo, porém com a possibilidade de intervenção direta e imediata da população em certas decisões, que vão variar de modelo para modelo. É então um modelo em que o povo⁶ possui autonomia de intervenção em diversos aspectos da conjuntura sociopolítica à qual pertence.

Como dito acima, a democracia semidireta é responsável pela entrega de instrumentos de participação política ao povo. Dentro desse conjunto de instrumentos, existem: “[...] o *referendum*, o plebiscito, a iniciativa e o direito de revogação. Alguns acrescentam um quinto elemento: o veto, a saber, o chamado *referendum* facultativo [...]” (BONAVIDES, 2000, p. 365).

A revogação de mandatos, por sua vez, consiste, conforme a literalidade dos próprios termos, na possibilidade de revogar ou retirar o mandato de outrem que o tenha, ou seja, é a prerrogativa popular de tomar de volta o poder outrora dado a alguém. Bonavides (2000) ressalta

⁶ [...] é o conjunto de indivíduos sujeitos às mesmas leis; são os *súditos*, os *cidadãos* de um mesmo Estado. (AZAMBUJA, Darcy, 2008, p. 36).

que há dois modelos de revogação de mandato. O primeiro é o formato empregado pela Suíça que é chamado *Abberufungsrecht*, já o segundo é *recall* político, modelo vigente nos Estados Unidos, tendo suas particularidades em cada Estado-Membro. No entanto, além dos modelos suíço e americano, há ou houve também, formas bem parecidas adotadas por outros países como na antiga União Soviética, que tinha o direito de revogação disposto no artigo 142 da sua Constituição. É visto também na Constituição de Weimar, no seu art. 71.

O “*Abberufungsrecht*”, é um dos mecanismos de participação popular na política, surge na Suíça, e conforme versa Bonavides:

“[...] é a revogação coletiva. [...] Requerida a dissolução, por determinada parcela do corpo eleitoral, a assembleia só terá finda seu mandato após votação da qual resulte patente pela participação de apreciável percentagem constitucional de eleitores que o corpo legislativo decaiu realmente da confiança popular”. (BONAVIDES, 2000, p. 379)

O *Abberufungsrecht* constitui-se então como um instrumento de participação popular que possibilita uma revogação coletiva de mandatos. É o que acontece com a Suíça, onde o povo, pode pedir a dissolução do parlamento em decorrência de atos que o faça cair em descrédito perante o povo.

Já o “*Recall*”, modelo adotado pelos Estados Unidos, é também, um desses instrumentos garantidores do poder e da soberania popular, soberania essa que se faz presente entre as doutrinas mais importantes que regem o constitucionalismo contemporâneo.

O *recall* é em si, um instrumento político-jurídico que traz à população a possibilidade de retirar, ou conforme a tradução literal do termo em inglês (dentre as várias), “mandar voltar”, aquele que ocupa cargo público eletivo, ou seja, cargo cujo ocupante é eleito pelo povo, e que, por diversos motivos possa ter caído em descrédito ou impopularidade perante os que o elegeram e legitimaram para ocupar tal posição. Para Bonavides (2000, p. 376), “o *recall* capacita o eleitorado a destituir funcionários, cujo comportamento, por qualquer motivo, não lhe esteja agradando”.

O presente trabalho visa, portanto, conceituar detalhadamente o *recall*, analisar e demonstrar como ele é aplicado nos Estados Unidos, especificamente no estado da Califórnia, e propô-lo como possível solução aos problemas de desconfiança política existentes no Brasil, desconfiança essa que é constatada em pesquisas, que por sua vez, são de grande relevância social, pois se trata da relação, hoje desgastada, entre os políticos e o povo, representantes e representados, a chamada crise institucional.

2. Metodologia

Realizou-se pesquisa bibliográfica atualizada, de natureza quali-quantitativa, utilizando-se de conceitos da Ciência Política e do Direito Constitucional. Baseou-se ainda no método investigativo nas bibliografias utilizadas, não se produzindo conhecimentos novos. Foram acessados especificamente o mecanismo de pesquisa do Centro Universitário 7 de Setembro, do qual se utilizou um trabalho monográfico, e da Universidade de São Paulo, da qual se utilizou uma tese de doutorado, bem como livros relativos ao tema, e dados de opinião pública disponíveis no site do Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística (coletados em 2015) e da Fundação Getúlio Vargas (coletados em 2017), visando a construção de um referencial teórico variado e coerente, utilizando-se do método indutivo como instrumento para inferência das hipóteses e, por conseguinte, o teste destas.

3. Resultados e discussões

O *Recall*, como instrumento reparador do poder, surge nas sociedades modernas, e aparece pela primeira vez nos Estados Unidos da América, sendo o primeiro estado americano a tê-lo como instituto, a *Califórnia*. Esse instituto legal, como dito acima, consiste em um elemento democrático que viabiliza a participação daquele de quem emana o poder, ou seja, o povo (CFRB/88, Art. 1º, *parágrafo único*), na vida política e na coisa

pública, verificou-se também, que ele está inserido no que é chamado de democracia semidireta ou participativa, que conforme o cientista político Paulo Bonavides (2000, Pg. 354-355), “trata-se de modalidade em que se alteram as formas clássicas da democracia representativa para aproximá-la cada vez mais da democracia direta”, essa última, por sua vez, é inaplicável na sociedade atual devido às grandes extensões e populações das diversas soberanias democráticas do mundo, como mostra Azambuja (2008, p. 250) “Evidentemente não seria possível reunir dezenas de milhões de cidadãos, para discutir e votar. O governo direto é, pois, prática impossível”.

Dentro desse modelo democrático, é dada à população o poder de participar ativamente dos trâmites políticos, o que não ocorre, por exemplo, na democracia representativa, na qual o povo entrega o seu poder ao estado, que o exerce, ou ao menos deveria, em função desse mesmo povo que o elegeu.

O *recall*, é então uma das formas que o povo tem de exercer a chamada “soberania popular”. No entanto, o instituto do *recall* não é, e nem pode ser, utilizado de qualquer forma, isso varia muito de Estado para Estado e de Constituição para Constituição. Nos Estados Unidos, por exemplo, ele está previsto no ordenamento jurídico de 19 estados-membros, entre eles a Califórnia. Lá, o *recall* tem uma validade muito grande, podendo atingir até integrantes do poder judiciário, no concernente às suas decisões. Na *California Code* (Constituição da Califórnia) - Seção 14, consta o procedimento inicial do *recall*, que é a entrega de uma petição ao Secretário de Estado por alguém do povo, obviamente em pleno gozo de seus direitos políticos. Essa petição deve conter todos os motivos para o afastamento do representante do seu respectivo cargo, motivos esses que não precisam estar pautados em ato ilícito ou criminoso do indivíduo passivo do referido procedimento, mas sim, em qualquer ação ou até mesmo omissão que desagrade a população que o elegeu.

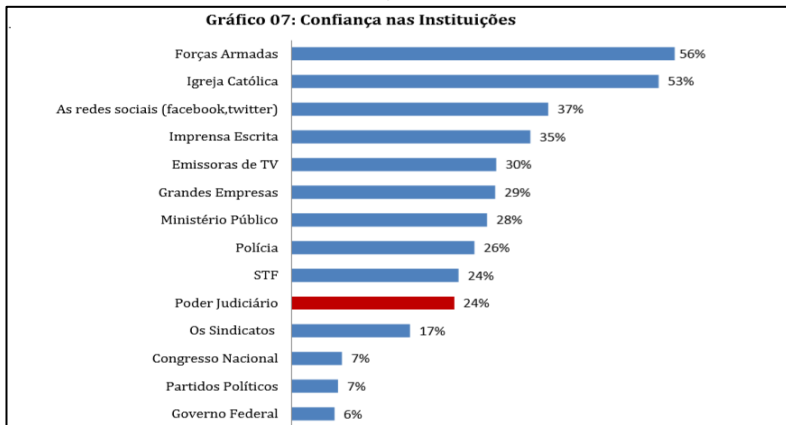
Consta ainda na citada constituição, que o número de assinaturas necessárias para a instauração do procedimento deve ser de 12%, no caso de

oficiais estaduais, e 20%, no caso de senadores, deputados e juizes, do número de eleitores votantes no último pleito eleitoral, além disso, têm-se a exigência de ao menos 1% dos nomes do eleitorado de cada condado constarem nas assinaturas, que por sua vez devem ser granjeadas dentro do prazo de 160 dias. Atingindo-se o número de peticionantes necessário, são então convocadas novas eleições, das quais o representante alvo do procedimento pode participar, e se for eleito, ou seja, o *recall* for rejeitado, não se poderá instaurar outro contra o mesmo durante o período de seis meses. Infere-se, portanto, que o *recall* garante aos eleitores, na forma da lei, retirar de qualquer cargo público eletivo aquele que os tenha dado motivo de desconfiança ou que tenha adquirido a rejeição popular.

Porém, no Brasil, essa autonomia não existe de forma contundente, o que faz com que o povo tenha uma certa desconfiança no poder público em si, pois caso o queira retirar por algum motivo, depende do parlamento. O índice de confiança do brasileiro, tanto no governo como nas instituições públicas que são compostas por cargos eletivos em geral, bem como no processo eleitoral em si, é baixíssimo, conforme consta em pesquisa do Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística⁷, que media o referido índice. De acordo com a pesquisa, a confiança do brasileiro no processo eleitoral era, em 2015, de 33%, no Congresso Nacional no mesmo ano, por exemplo, era de 22%, índice esse igual ao do cargo de presidente da república, já nos partidos políticos o índice é ainda mais estarrecedor, 17% em 2015, nota-se ainda a constante acentuada queda da confiança na figura do Presidente da República, que foi de 44% em apenas 6 (seis) anos. A Imagem 1 demonstra os dados da pesquisa:

⁷ Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística - IBOPE

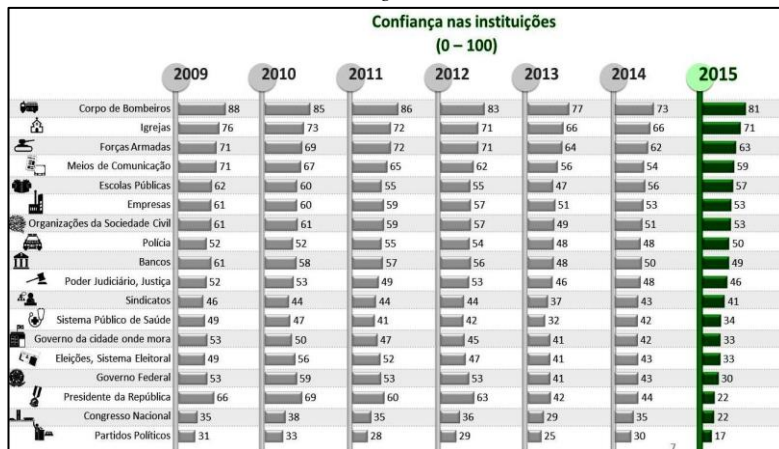
Figura 1



Fonte: IBOPE (2015)

Já em 2017, de acordo com o levantamento da Fundação Getúlio Vargas⁸, chamado ICJBrasil, que também mede a confiança do brasileiro nas instituições públicas, o índice de confiabilidade, no congresso nacional, por exemplo, girava em torno de 7%, na mesma pesquisa o governo federal e os partidos políticos atingiram 6% e 7% respectivamente. A Imagem 2 mostra os citados dados:

Figura 2



Fonte: FGV (2017)

⁸ Fundação Getúlio Vargas - FGV

Isso demonstra a fragilidade do sistema político brasileiro como um todo e que tanto os partidos políticos quanto os seus representantes, e até o próprio processo eleitoral está em total descrédito na visão da população brasileira.

Surge então a necessidade de atualizar o sistema representativo brasileiro, de forma a garantir uma certa autonomia ao eleitorado nacional, ou seja, transformá-lo, de fato, numa democracia semidireta. No entanto, essa autonomia ou soberania popular precisa ser garantida de forma a possibilitar ao povo intervir no processo político diretamente e não apenas a votar medidas criadas por seus representantes eleitos, justamente porque eles foram eleitos, pois, como aponta José Afonso da Silva (2005, p. 141), “qualquer forma de participação que dependa de eleição não realiza a democracia participativa no sentido atual dessa expressão. A eleição consubstancia o princípio representativo, segundo o qual o eleito pratica atos em nome do povo”.

Para isso, tramita no senado federal brasileiro atualmente, a Proposta de Emenda à Constituição⁹ nº 21/2015, ela foi proposta inicialmente pelo senador Antônio Anastasia (PSDB – MG), porém, hoje o seu primeiro signatário é o senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE). Essa proposta visa introduzir no Brasil, além do veto popular, outro instituto da democracia participativa, qual seja: a revogação de mandatos, que funciona de forma semelhante ao *recall* americano. A proposta foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça¹⁰, porém, com algumas modificações, que alteraram o atual caráter. Com a aprovação dessa proposta no legislativo nacional, apenas o Presidente da República, poderá ter seu mandato revogado, e isso, por meio de referendo popular, que será convocado, caso 10% da população de ao menos 14 (quatorze) estados brasileiros com número não inferior a 5% do seu eleitorado votante no último pleito eleitoral presidencial o aprove. O pedido de revogação, caso atinja o número de

⁹ Proposta de Emenda à Constituição - PEC

¹⁰ Comissão de Constituição e Justiça - CCJ

assinaturas necessário, será analisado e votado pela Câmara dos Deputados, e logo depois, pelo Senado Federal, sucessiva e separadamente, e se aprovado pela maioria absoluta das duas casas, convocar-se-á um referendo popular, nos termos do art. 49 da Constituição Federal brasileira. Além disso, o procedimento só poderá ser realizado no segundo e no terceiro ano do mandato presidencial e ainda, proíbe a instauração do processo revocatório duas vezes no mesmo período de governo.

Contudo, a PEC nº 21/2015, ainda impõe uma certa limitação do povo ao Poder Legislativo, pois dependeriam da aprovação nas duas casas, por maioria absoluta, para que a petição, que em tese teria o apoio da população, tivesse seus reais efeitos. Essa dependência exacerbada da população para com o Estado, consiste ainda na ideia de democracia representativa e, por conseguinte, se distancia do ideal outrora dito, que é de um modelo governamental que viabilize a intervenção popular em determinados trâmites políticos.

4. Considerações finais

O instituto do *recall* mostra-se, portanto, como um elemento democrático garantidor da soberania popular. Nos Estados Unidos de forma geral, e na Califórnia mais especificamente, o *recall* é utilizado de forma a proporcionar ao eleitor a retirada de alguém que ocupe qualquer cargo eletivo, das suas funções, caso esteja agindo em desconformidade com a opinião ou vontade popular, não exigindo a existência de crime para tal. No Brasil, a introdução desse instituto no ordenamento jurídico, poderia ser uma solução para o atual problema da fragilidade do sistema político em si, visto que é provável que os representantes do povo agiriam com mais cautela e responsabilidade, pois poderiam ter seu mandato revogado pela população. Existe ainda a chance de que por meio do *recall*, se garantiria ao eleitor uma soberania relativamente maior do que a garantida pelo voto, ou até mesmo pelo *impeachment*, que só é decidido pelo legislativo, pois o real detentor do poder, não estaria dependendo apenas desses

processos, a saber, o processo eleitoral e o *impeachment* para retirar possíveis maus representantes, e, portanto, fazer o processo político mais democrático. Portanto, se a Proposta de Emenda à Constituição que propõe a implantação do *recall* no Brasil for aprovada e entrar em vigor, poderá atenuar significativamente o problema de desconfiança popular no Brasil, ainda mais se trouxer consigo algumas modificações que se fazem necessárias, tais como: abrangência aos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, individualmente, e mais objetividade no processo revocatório, ou seja, menos dependência das casas legislativas para aprovação dos pedidos de revogação de mandatos, e conseqüentemente mais autonomia popular para revogar o mandato de qualquer que seja a pessoa em qualquer que seja o cargo político eletivo. Com isso é possível que o índice de confiança nas instituições públicas cresça e conseqüentemente o Brasil saia da crise institucional na qual está inserido.

Referências

- ÁVILA, Caio Márcio de Brito. **RECALL - A REVOGAÇÃO DO MANDATO POLÍTICO PELOS ELEITORES: UMA PROPOSTA PARA O SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO**. 2009. 152 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008. 455 p. Prefácio por Alexandre de Oliveira Torres Carrasco.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. 616 p.
- California Constitution**. California: Legislative Information, 1879. Disponível em: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=CONS&tocTitle=+California+Constitution+-+CONS>>. Acesso em 01 nov. 2018.
- Constituição (1988)**. **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. BRASIL.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1719 p.

FGV. **Relatório ICJBrasil: 1º Semestre/2017**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2017.

IBOPE. **Instituições Políticas Perdem Ainda Mais a Confiança dos Brasileiros**. Disponível em: <http://www.ibopecom.br/pt-br/noticias/Paginas/Instituicoes-politicas-perdem-ainda-mais-a-confianca-dos-brasileiros.aspx>.

KELSEN, Hans. **A DEMOCRACIA**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 359 p.

MARTINS, Leonardo Furtado. **O RECALL ELEITORAL NO DIREITO COMPARADO E SUA VIABILIDADE NO BRASIL**. 2017. 85 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant Barão de. **O ESPÍRITO DAS LEIS**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 850 p. Tradução de Cristina Murachco.

SENADO FEDERAL. Parecer nº 64, de 21 de junho de 2017. Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o processo Proposta de Emenda à Constituição nº 21, de 2015, do Senador Antônio Carlos Valadares, que Altera a redação do art. 14 da Constituição Federal, inserindo incisos que criam dois novos institutos da democracia participativa, o Direito de Revogação e o Veto Popular. Parecer (sf) nº 64, de 2017. 64. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 21 jun. 2017. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5366309&disposition=inline>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 936 p.

A judicialização dos conflitos familiares: como a Constituição Federal de 1988 influenciou o direito de família no Código Civil de 2002

*Karina Fernandes Silva*¹

*Márcio Fernando Moreira Miranda*²

1. Introdução

A família é a base de toda a sociedade, ela é o alicerce do Estado, e por isso, tem sua importância para o direito como instituto singular do mesmo.

Para Maria Helena Diniz:

“Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção lato sensu do vocábulo refere-se aquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união

¹ Acadêmica do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). E-mail:

² Possui Doutorado em função social do Direito-FADISP (2018); Mestrado em Administração-FEAD (2014); especialista em docência do Ensino Superior- UEMA (2004); especialista em direito do trabalho e processo do trabalho-UCAM(2007); especialista em história e geografia do Brasil (2003). Atualmente é professor Adjunto, classe C na UFMA (2015); professor da UNISULMA e da UNITINS, foi professor da Faculdade de Educação Santa Terezinha e onde, também, exerceu a função de coordenador do curso de direito (2006-2007). É Pesquisador da FAPEMA e CNPQ. Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - “Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais”. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJJ), da Universidade Federal do Maranhão. E-mail: marcioxts@hotmail.com

estável) e a da filiação. (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 9)

Nesse sentido, a família contemporânea é formada não apenas por laços sanguíneos, mas também afetivos e jurídicos.

Importante se faz salientar que os conflitos entre os seres humanos são datados desde os primórdios, sendo consequência da vida em sociedade. Como é sabido, a família é o berço do homem, onde tem seus primeiros contatos com outros homens, onde sua personalidade é formada e onde é moldado para viver em sociedade, sendo também onde tem seus primeiros conflitos interpessoais.

Da análise da vida humana percebemos que houve a necessidade de regulação da vida do homem em sociedade e a resolução dos consequentes conflitos, pois para isso surgiu o Direito e posteriormente os códigos de regras e sanções como tentativa e solucionar ou amenizar as lides humanas.

Neste trabalho iremos discutir como surgiram os conflitos familiares e as formas de resolução dos mesmos, bem como sua evolução. Tendo sido elaborado por meio de pesquisa de natureza básica em livros, artigos, teses, sites e códigos de leis que versam sobre o tema e suas problemáticas.

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é traçar uma análise sobre as principais mudanças no Direito de Família ocasionadas pela Constituição Federal de 1988, bem como fazer uma breve análise sobre as consequências positivas e negativas destas mudanças que ocasionaram a judicialização das lides familiares, por meio de pesquisa básica de levantamento bibliográfico de material referente ao assunto.

No capítulo primeiro deste trabalho iremos aprofundar na história da regulamentação dos conflitos familiares e iremos ver que anteriormente a sociedade tinha o patriarca da família como alguém que resolveria os conflitos familiares, depois temos a figura da Igreja Católica e do direito canônico, e, com o passar do tempo e a constante evolução da sociedade, o ordenamento jurídico brasileiro passou a apontar o juiz como a figura resolutive dos conflitos familiares.

O segundo capítulo, traz uma breve análise dos princípios constitucionais que nortearam o Direito de Família no Código Civil de 2002, sendo assim a judicialização dos conflitos familiares foi uma das mudanças norteadas por estes princípios constitucionais. Nesse mesmo sentido, dentre tais modificações, a judicialização como a busca para a solução dos conflitos familiares e suas consequências também será discutida.

Neste teor, com estas mudanças advieram conseqüentemente situações negativas e positivas para o Poder Judiciário bem como para as famílias que buscam a resolução de suas contendas. Sendo que essas mudanças atribuem ao Judiciário o poder para a solução dessas lides o que por vezes acaba acarretando, aglomerando e conseqüentemente causando lentidão a resolução dos mais diversos conflitos, e nessa mesma linha de pensamento o capítulo terceiro irá dispor sobre outras formas de resolução dos conflitos familiares.

Visto tudo isso, é de grande valia, não somente para a ceara Constitucional, mas também para o ramo do Direito de Família pesquisas que enlacen, analisem e discutam esses assuntos, pois são conflitos presentes na sociedade que muito preocupam e que devem ser resolvidos da melhor forma e sem prejuízos as partes conflitantes.

Sendo assim, nas próximas linhas trataremos da evolução da resolução dos conflitos familiares, como surgiram os conflitos bem como eram resolvidos, fazendo um contraste com os dias atuais. Ainda mais adiante, em um capítulo separado, iremos fazer uma análise sobre os princípios constitucionais que mudaram a forma de resolução dos conflitos familiares e a sua conseqüente judicialização, e, por fim, falaremos sobre formas alternativas de resolução desses conflitos e sua contribuição para a desaglomeração do Poder Judiciário.

2. Metodologia

Trata-se de uma pesquisa exploratória, a partir do levantamento de informações sobre as mudanças na família como instituição social, bem

como da evolução da resolução de seus conflitos, em conjunto com a constitucionalização dos princípios constitucionais que influenciaram mudanças no Direito de Família no Código Civil de 2002, com o objetivo de ter mais familiaridade com os temas.

Para tal, realizou-se revisão bibliográfica nos temas relacionados à constitucionalização do ordenamento jurídico e a evolução da família e da resolução dos conflitos familiares com a leitura da tese de monografia “A Transformação da Família e a Mediação de Conflitos Familiares: Uma Proposta de Manutenção do Afeto Parental” de Valentina Paula Brasil, além da leitura em parte do livro “Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família” de Maria Helena Diniz. Ainda, relacionando os temas acima expostos com o artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que trata “Dos direitos e Deveres Individuais e Coletivos” e outros artigos dispersos na CF/88, na Lei nº 13.140/2015 que trata da Arbitragem, do Código Civil de 2002 e do Novo Código de Processo Civil de 2015, dentre outros atos normativos e obras com enfoque no assunto presente nesse artigo.

3. Breve contexto histórico sobre a evolução da resolução dos conflitos familiares

Segundo a História da humanidade, nossa história é dividida em pré-história e história e o marco que as divide é a descoberta ou a invenção da escrita. A pré-história é subdividida em três períodos, Paleolítico, Neolítico e Idade dos Metais. Em síntese, nesses três períodos o homem viveu sozinho, nômade e sobrevivera da caça, da pesca e da coleta de frutos durante muitos anos.

Nesse meio tempo, o homem, viu a necessidade de agrupamento para vencer as adversidades do mundo selvagem, e, posteriormente esses grupos passaram a viver fixos em lugares próximos aos rios ou nascentes d'água tendo em vista que agora praticavam a agricultura, surgindo, os chamados clãs que eram compostos pelas famílias, as primeiras aldeias e posterior divisão do trabalho.

Nessa diapasão, compostas tais aldeias, estas posteriormente originaram as cidades, o Estado e o Direito, nessa mesma sequência, não sendo por menos que a família é a primeira e mais importante instituição social. Portanto, o Estado não criou a família, mas sim, a família o criou e posteriormente criou o direito, sendo a família a base mais forte da sociedade.

Sobre os conflitos familiares, é importante salientar que a família é o berço de qualquer ser humano, onde este tem seus primeiros contatos e relações pessoais, é no seio familiar que formamos nossa personalidade, que somos moldados e também onde somos preparados para viver em sociedade.

Segundo o escritor suíço Jean Jacques Rousseau em sua obra “O Contrato Social”, o homem é naturalmente bom, sendo a sociedade, instituição regida pela política, a culpada pela degeneração dele. Tese esta contrária ao que defendem Thomas Hobbes e John Locke, ambos afirmam que o homem é naturalmente mal e para que seja assegurada a paz interna e a defesa comum da sociedade, deve, o homem, se submeter a uma autoridade.

Nessa linha de pensamento, e levando em consideração a História da Humanidade a tese que mais se enquadra ao homem é a de Hobbes e Locke, haja vista que o homem após formar as cidades viu que havia a necessidade de ter uma autoridade (Estado) a qual deveria ser submisso para que reinasse a paz na sociedade em que estava inserido e posteriormente que houvessem regras positivadas para melhor regular as relações (Direito).

No entanto, é somente na Roma Antiga que a família começa a ter uma estrutura forte, como bem leciona Gomes:

A evolução jurídica da família importa, entre os povos de nossa área cultural, a partir de Roma. O direito romano deu-lhes estrutura inconfundível, tornando-a unidade jurídica, econômica e religiosa, fundada na autoridade soberana de um chefe. (1998, p. 39)

Na Roma Antiga, a figura de autoridade máxima na família era a do *pater familias*, que era sempre um homem, o qual detinha todo o poder sobre a família (esposa e filhos), tanto direitos pessoais (de vida e de morte), quanto patrimoniais. À época, o *pater familias* era o chefe de família, o sacerdote e o juiz que resolvia os conflitos familiares.

A mulher era considerada um objeto e o casamento apenas tinha finalidade patrimonial. Ao casar a mulher passa a ser propriedade do marido, se dedicando somente aos afazeres domésticos. Vale salientar que no ato do casamento a mulher passava a integrar a família do marido e se desvinculava totalmente de sua família de origem, não tendo o seu pai mais nenhum poder sobre ela. É o que confirma Maluf:

Introduzir na família do marido a mulher que se casava, objetivo precípua do casamento, ficando está sob *apotestado* marido, se *sui iuris* o fosse este, ou de se *pater*, se *alieni iuris* o fosse (esse poder sobre a mulher e sobre as noras denominava-*se manus*, rompendo os laços de parentesco que uniam a mulher à sua família originária). (2013, p.33)

Com isso, a mulher e os demais membros da família, eram vistos como objeto, não tinha nenhuma autonomia sobre sua própria vida, direitos sobre bens e muitas vezes não tinham nem mesmo o direito de expressarem seus sentimentos ou vontades, estando totalmente submissos ao poder do *pater familias*, o chefe da família.

Após algum tempo, na Roma Antiga houve um grande número de adultérios e conseqüentes divórcios o que ocasionou várias mudanças nas famílias romanas antigas. É nesse sentido que percebemos que, por muitas vezes e principalmente nesse caso, a evolução torna-se fruto dos conflitos.

A partir desses conflitos houve no seio da família romana e conseqüentemente na sociedade que estava inserida a ter uma constante evolução e o casamento passou a ser mais tolerante e menos autoritário. A figura do patriarca já não era mais tão forte, não tinha mais direito de decisão de vida e morte dos membros da família, os filhos administravam seus próprios bens e conseqüentemente a mulher, aos poucos, ganhava mais independência e autonomia.

Assim, leciona Wald:

"a passagem do casamento com *manu* para o casamento sem *manus*, realizou-se a emancipação gradual e progressiva da mulher romana." (2009, p.13)

E, nesse compasso, na Idade Média o Direito Canônico passa regular as relações familiares. A Igreja católica nesse período ganhou muita força em relação a regulação das relações entre as pessoas, sendo a família a mais forte instituição social, a Igreja passou a regulá-la também. Ensina Wald:

Durante a Idade Média, as relações de família passaram a se reger exclusivamente pelo direito canônico, visto que, do século X ao século XV, o casamento religioso é o único conhecido. [...]. Na doutrina canônica, o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infiéis, cujo casamento não se reveste de caráter sagrado. (2009, p. 15)

Então, o casamento passa a ser visto como algo sagrado e indissolúvel, sendo a separação proibida e apenas aceita em casos de adultério. Inclusive até hoje o casamento é um sacramento da Igreja Católica.

Nessa diapasão, surge a teoria *divortium quoad thorum et mensam*, esta passou a mudar o direito canônico em relação a dissolução do casamento. Conforme Wald (2009, p.17) "a evolução do direito canônico se deu a partir da teoria de nulidades e de regulamentação da separação de corpos e de patrimônios (*divortium quoad thorum et mensam*), que extingue a sociedade conjugal sem, todavia, dissolver o vínculo".

Trazendo a discussão para o Brasil, no período Imperial, a Igreja também regulava as relações familiares por aqui, tendo em vista que o catolicismo era a religião oficial do Brasil. Segundo o que nos mostra a art. 5º da Constituição de 1824 "a Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma algum exterior do Templo." (BRASIL, 1824)

Do Direito Romano ao Canônico percebe-se que neste a figura que regulava, que chefia e que soluciona os conflitos é a autoridade sacerdotal, enquanto que naquele quem detinha de forma única e exclusiva o poder familiar era o *pater famílias*, o patriarca.

Seguindo a discussão em relação ao ordenamento jurídico, com a proclamação da República a Igreja Católica perde o poder sobre as relações familiares, sobre o assunto diz Wald (2009, p.23):

"a proclamação da República teve como corolário a desvinculação da Igreja em relação ao Estado. A primeira Constituição republicana, no seu art. 72, §4º, esclareceu que só reconhecia o casamento civil, cuja celebração será gratuita."

Posteriormente, Rui Barbosa confecciona o Decreto n.181 de 24 de janeiro de 1890, no qual estava abolida a jurisdição eclesiástica. Aqui temos o marco do rompimento do poder da Igreja Católica sobre as relações familiares na medida em que o casamento religioso já não tinha mais efetividade jurídica.

Contudo, o que podemos concluir da síntese da história dos conflitos é que estes surgem no seio familiar, pois a família é onde toda pessoa tem o seu primeiro contato e suas primeiras relações pessoais e conseqüentes lides.

Dos conflitos advindos das relações pessoais, em especial os conflitos familiares, houve a necessidade de uma autoridade que regulasse tais relações e a primeira foi o patriarca, o homem da família, o *pater famílias*, posteriormente temos com a ascensão da Igreja Católica e do direito canônico e por último o direito atualmente que vem rompendo com a figura do patriarca e da Igreja como autoridades e chefes das relações familiares, como veremos mais adiante neste trabalho.

4. Princípios constitucionais e a judicialização dos conflitos familiares

Com o advento da constitucionalização do ordenamento jurídico, os princípios e as normas constitucionais regem e regulamentam as demais normas infraconstitucionais. Com a promulgação da Constituição Federal

de 1988 é que se viu esse fenômeno da constitucionalização do Direito brasileiro, não sendo o Direito de Família excluído desse evento.

O Código Civil de 1916 tinha fortes traços do direito romano e do direito canônico, sendo a família regulada de forma patriarcal, tradicional, hierarquizada e matrimonializada, este último porque o casamento era a única forma de se constituir família.

A família no CC/1916, assim como na Roma Antiga, era vista com a finalidade única de patrimonialização e tinha caráter de contrato, isto é, o valor que a família tinha era advindo de seu patrimônio, nesse sentido, dispõe Monteiro:

No estudo de instituição matrimonial a primeira questão com que defrontamos é relativa à sua natureza jurídica. A concepção clássica, também chamada individualista, depara no casamento uma relação puramente contratual, estabelecida por acordo entre cônjuges. Consoante essa concepção, acolhida outrora pela escola do direito natural, esposada pelo Código Napoleão, casamento é um contrato civil, a que se aplicam regras comuns a todos os contratos; o consentimento dos contratantes é o elemento essencial e irreduzível de sua existência. (2001, p. 12-13)

Ferrarini (2010, p.58) afirma que a "opção patrimonializada da família desconsiderou os desejos pessoais, sentimentos, sonhos e quaisquer outros valores particulares e individuais dos seus componentes." Isto é, nenhum outro interesse podia ser posto à frente do interesse patrimonial.

Os conflitos familiares, à época, eram voltados para a figura do homem, o qual era considerado o chefe da família, os demais integrantes, esposa e filhos, não tinham nenhuma autonomia e tinham que se submeter ao patriarca. Aqui podemos ver fortes resquícios da presença do *pater familias*, comum na Roma Antiga.

Sobre isto, considera Venosa:

O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. Nosso Código Civil de 1916 foi fruto direto dessa época. Os filhos submetiam-se à autoridade paterna, como futuros continuadores da família, em uma situação muito próxima da família romana. (2009, p. 14-15)

Foi apenas com a Revolução Industrial que essa visão de família e de resolução de seus conflitos foi mudando. Tendo em vista que aqui a mulher passou a trabalhar nas fábricas e então o sustento da família também passou a ser responsabilidade da mulher, deixando o homem de ter a imagem de provedor da família.

Após esse fenômeno a concepção de família foi mudando, passando a ser vista não somente para fins patrimoniais, mas também para a satisfação sentimental. A família passa a ser regida, principalmente, pela liberdade individual e não mais pelo que decidisse o *pater familias*.

A partir disto e com o surgimento de novas fontes que passam a influenciar o Direito o direito civil passou a regular a família pautada no interesse individual, buscando a proteção de todas as formas de família, surge então a família pautada no afeto e na satisfação sentimental e não patrimonial.

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo inúmeros princípios sociais para a proteção do indivíduo, e esses princípios influenciaram o Código Civil de 2002 no que tange ao Direito de Família, tais princípios não estão demonstrados de forma taxativa, sendo difícil a demarcação desses, no entanto iremos tratar, de forma breve, agora dos princípios que mais se destacam.

O primeiro princípio que falaremos é o da Dignidade da Pessoa Humana. Descrito na Carta Magna de 1988 como um fundamento da República Federativa do Brasil, está disposto logo no artigo 1º, inciso III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Este princípio traz consigo o cerne de igualdade de tratamento entre todos os seres humanos e para o Direito de Família acaba mudando a visão sobre os componentes do grupo familiar, passando estes a terem igualdade de opiniões e direitos.

Logo mais temos o princípio da Liberdade, da Igualdade e do Respeito às diferenças. A Constituição Federal de 1988 rompe completamente o pensamento de submissão do grupo familiar ao patriarca e ainda mais de diferença ou privilégio deste em relação àqueles.

A liberdade familiar faz jus às escolhas do indivíduo quanto a constituição e escolhas de sua família, fazendo também com que homem e mulher tenham os mesmos direitos e obrigações quanto à família. Dispõe o art. 5º, inciso VI:

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

VI- é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Sobre a temática Lobo aduz que:

(...) à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitada suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. (2011, p.69).

Fazendo aqui um contraponto sobre o que o legislador pensou sobre a liberdade do indivíduo de constituir família.

No que se refere a Igualdade na sociedade conjugal, o artigo 226, § 5º da CF/88, traz consigo a igualdade de responsabilidade entre os cônjuges, não existindo mais privilégios, hierarquia e prioridade.

Sobre a Igualdade e o Respeito às diferenças, Dias leciona que a igualdade deve se fazer presente, no entanto deve respeitar as diferenças:

O desafio é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre homens e mulheres dentro do princípio da igualdade. Já se encontra superado o entendimento de que a forma de implementar a igualdade é conceder a mulher

o tratamento diferenciado que os homens sempre desfrutaram. O modelo não é masculino, e é preciso reconhecer as diferenças, sob pena de ocorrer a eliminação das características femininas. Em nome do princípio da igualdade, é necessário reconhecer direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, ele reconheça direitos às situações merecedoras de proteção. (2005, p.62)

E por fim, os Princípios da Solidariedade familiar e da Afetividade. Dias (2005, p.62) aduz que “ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão.”

A solidariedade familiar está ligada diretamente à afetividade entre os membros familiares. Com esse princípio fica evidente que mesmo após a separação os membros da família ainda podem recorrer uns aos outros no sentido de buscar ajuda, como é o caso da obrigação de prestação de alimentos que está prevista no Art. 229 da Constituição Federal, reza o seguinte:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Sobre a temática leciona Maluf:

Em consonância com o momento histórico vigente, vemos que a atual Constituição brasileira protege a supremacia da dignidade da pessoa humana (art.1º, III); a liberdade, a igualdade (arts. 5º e 3º, IV), visa promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, valorizando o ser humano como sujeito de direito e visando outorgar-lhe, de forma mais ampla, a inserção e o respeito à cidadania. Em suma, a afetividade singrou os mares do reconhecimento formal, funcionando como cimento basilar para formação familiar e parental na atualidade. (2013, p.39)

Diante do exposto, percebe-se que o Código Civil de 1916 já estava realmente ultrapassado e não conseguia abarcar as necessidades das

famílias modernas, tendo em vista que a sociedade está em constante evolução. E isso ficou ainda mais evidente quanto foi promulgada a Carta Magna de 1988, se fazendo necessárias tais mudanças e posteriormente veio o Código Civil de 2002, que trouxe algumas poucas novidades de inovação ao que tange o Direito de Família, essas estão fazendo bastante diferença.

Com a constante evolução da família e do Direito que as regulam, no direito romano tínhamos a figura do *pater familias* para resolver os conflitos familiares, posteriormente com a ascensão da Igreja Católica o direito canônico era quem regulava e que solucionava as questões e lides familiares, o CC/1916 como vimos ainda tinha muitos resquícios do direito romano e canônico, contudo, com a Constituição de 1988 e seus princípios inovadores e posteriormente com o código civil de 2002 a figura resolutive de conflitos familiares passou a ser o juiz, o poder judiciário agora é o responsável para por fim as lides familiares e manter a paz interna entre os membros das famílias, ocorrendo a chamada judicialização dos conflitos familiares.

No entanto, essa mudança trouxe alguns pontos positivos e outros negativos. Um ponto positivo que podemos ressaltar é a autonomia dos membros da família e um ponto negativo é a aglomeração de processos, tendo em vista que as lides familiares, são em sua grande maioria, as que causam maior demanda. Portanto, a aglomeração e a consequente lentidão na resolução dos conflitos é uma das maiores consequências negativas da judicialização dos conflitos familiares.

5. Meios alternativos para a solução das lides familiares

A sociedade tornou-se descontente com a resolução judicial de seus conflitos, tendo em vista que a justiça passou a ser cara e lenta, esta principalmente nas Varas de Família. Assim, nasceram várias discussões no sentido de conseguir solucionar tal impecílio.

Foi no sentido de dar uma solução a indignação da sociedade que em 2010 o Conselho Nacional de Justiça/CNJ publicou a resolução n° 125, a

partir daqui começou-se a ter a ideia de resolução de conflitos de forma consensual, através da mediação e conciliação, através do diálogo, do consenso e do entendimento entre as partes.

A resolução nº 125, em 2010, foi um marco para o Poder Judiciário, trouxe a primeira normatização do novo paradigma ao acesso à justiça, mudando as perspectivas metodológicas da administração da justiça, habilitando o operador do direito a ser não mais o impositor do direito, mas o ente pacificador. A partir dessa política, passa-se a redimensionar o judiciário como efetivo centro de harmonização social. (COSTA, MOSENA, 2015)

Logo em seguida, a Lei n. 13.140/2015 traz a regulamentação da resolução dos conflitos através da autocomposição. Não obstante, o Novo Código de Processo Civil traz em seu artigo 3º os meios de autocomposição como uma das formas de resolução dos conflitos e ainda em seu § 3º reza sobre o incentivo que se deve dar aos meios consensuais de resolução de conflitos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Sendo assim temos além da arbitragem, a mediação e a conciliação. Nos processos que envolvem direito de família o aconselhável é que sempre haja tentativa de audiência de mediação, na tentativa das partes resolverem o litígio da melhor forma possível, sem que seja imposta uma sanção judicial.

O CPC/2015 inova ao trazer a mediação como um meio obrigatório e fundamental de resolução de litígios, sendo um instrumento rápido, eficaz e econômico para os litigantes. Além de diminuir o fluxo de processos e a

consequente aglomeração e demora na resolução dos conflitos nas Varas de Família.

Spengler e Spengler Neto dissertam:

Dessa forma, o grande desafio é romper esse paradigma de monopolização estatal, como forma de tratamento e deslinde de litígios. Surge assim a mediação como espécie da autocomposição, tendo por objetivo visualizar a paz conflitual e empregar o diálogo como principal ferramenta para a satisfação mútua, e, por corolário, a almejada celeridade do tratamento da resolução. (2015, p. 47)

O artigo 694 do Novo Código de Processo Civil, em suas linhas reza:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Spengler em seu artigo aduz:

Justamente por sofrer de modo direto a evolução social, e por refletir essa evolução em seu contexto conflitivo, a família atual precisa de desdobrada atenção ao tratar os litígios advindos do elo conjugal/ parental, especialmente aqueles decorrentes do seu rompimento. A mediação familiar poderá ser uma alternativa mais vantajosa, mais próxima e menos dolorosa de tratamento desses conflitos, justamente porque é um procedimento interdisciplinar que pretende conferir aos seus envolvidos autonomia e responsabilização por suas próprias decisões, convidando à reflexão e ampliando escolhas e alternativas. É não adversarial, pois pretende desconstruir impasses que impedem a comunicação, transformando um contexto de confronto em contexto colaborativo. É um procedimento confidencial e voluntário no qual o mediador, terceiro imparcial, facilita e promove a comunicação entre os conflitantes. Consequentemente, o acordo pode ser um dos desfechos possíveis, mas ainda que ele não ocorra, se o diálogo amistoso foi restabelecido, a mediação poderá ser considerada exitosa. (2011, p. 175-176)

É nesse sentido, portanto, que as formas consensuais de resolução dos conflitos vêm se mostrando cada vez mais eficazes e sendo cada vez mais utilizadas. Embora não seja um instrumento novo, ainda deve o seu uso ser incentivado e incitado cada vez mais como instrui o § 3º do art. 3º do CPC/2015, tendo em vista suas vantagens para quem busca a resolução dos seus conflitos de forma consensual, rápida, eficaz e econômica.

6. Considerações finais

Considerando a constante evolução da sociedade e sendo a família a sua instituição base e mais importante, não há espanto nas mudanças nas relações familiares, algumas inclusive, bastante necessárias. Sendo, neste caso, os conflitos o gerador da evolução familiar.

Na Roma Antiga a família tinha o patriarca como o juiz que resolveria os seus conflitos, a esposa e os filhos não tinham autonomia, liberdade de vontade e nem mesmo de sentimentos. Com a ascensão de Igreja Católica, a família tornou-se, além de patriarcal e hierarquizada, matrimonializada já que o casamento era o único meio de constituir família, sendo o casamento indissolúvel, apenas aceito o divórcio em caso de adultério, o patriarca aqui perde um pouco da sua autoridade e a sede ao sacerdote da Igreja que através do direito canônico regula e resolve os conflitos familiares.

E, como exposto anteriormente, o Código Civil de 1916, por ser um código do século passado, já não atendia mais os anseios da sociedade tendo em vista que a codificação já não alcançava sua evolução. Ademais, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro, os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade, Igualdade e Respeito às Diferenças e o princípio da Solidariedade Familiar e da Afevidade, influenciaram diretamente a mudança no Direito de Família que trouxe o Código Civil de 2002.

Nesse contexto, as mudanças tragas pelo Código Civil de 2002 não foram muitas, mas se fizeram de grande relevância. Logo depois outros

atos normativos como a Lei da Arbitragem 13.140/2015 e o Novo Código de Processo Civil de 2015 trouxeram também grandes novidades na forma de resolução dos conflitos familiares.

Sendo uma das mudanças de grande valia o incentivo à autocomposição para a solução dos conflitos, a mediação, sobretudo é a que mais se destaca, haja vista as partes poderem expressarem suas vontades, conciliarem-se e resolverem o litígio de forma consensual e rápida. Além disso, com a autocomposição os conflitos familiares passam a ser menos judicializados e enxugam as Varas de Família, fazendo com que os conflitos sejam resolvidos de forma mais célere.

Diante do exposto, portanto, ao analisar a história da humanidade percebemos a evolução da família e da forma de resolução dos seus conflitos, buscando o ordenamento jurídico sempre dispor dos melhores instrumentos de resolução de lides, passando da resolução em casa pelo *pater familias*, pelo direito canônico, adentrando nos meios judiciais (judicialização) e atualmente a disseminação da resolução consensual dos conflitos.

Referências

- BRASIL. Constituição de 25 de março de 1824. Constituição Política do Império do Brasil.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. **Resolução**. Brasília.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília.
- COSTA, Thaise Nara Grazziotin. Repensando o Direito Civil: Família, Propriedade e Contrato. **Revista Faculdade de Direito: Departamento de Ciências Jurídicas**, Caxias do Sul, p.09-17, dez. 1999. Semestral.
- COSTA, Thaise Nara Graziottin. **A Mediação de Conflitos**: uma nova cultura para humanizar e efetivar a justiça democrática e emancipatória. 2015. 23 f. Artigo (Doutorado) - Curso de Direito, Imed, Passo Fundo, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

(DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 9)

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amaral Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio**: Uma Reflexão Crítica sobre as Origens Históricas e as Perspectivas do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

FERRARINI, Leticia. **Famílias Simultâneas e Seus Efeitos Jurídicos**: Pedacos da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

GOMES, Roseane dos Santos. **Evolução do Direito de Família e a Mudança de Paradigma das Entidades Familiares**. 2007. Disponível em: . Acesso em: 13 março. 2020.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.). **Mediação Enquanto Política Pública**: a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.). **Do Conflito à Solução Adequada**: mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem. Santa Cruz do Sul: EssereNel Mondo, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. OS NOVOS MEIOS DE “SER FAMÍLIA” NO BRASIL E A MEDIAÇÃO FAMILIAR. **(re)pensando Direito - Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo - Iesa**, Santo Ângelo, p.159-184, 2011.

WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil: Direito de Família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Supervigilância: uma reflexão sobre os sistemas de monitoramento inteligente e a ameaça ao direito de privacidade

*Isabela Thawana Cardoso Sousa*¹

*Márcia da Cruz Girardi*²

1. Introdução

A sociedade global vive uma era de intensa inovação tecnológica, com o surgimento de diversos dispositivos inteligentes que estão conectados a todo momento, processando informações. Esses aparelhos que utilizam Inteligência Artificial (em inglês, Artificial Intelligence – AI), tornam-se poderosas ferramentas que auxiliam e facilitam o dia a dia da humanidade, sendo cada vez mais indispensável o seu uso. Tal cenário de hiperconectividade pode gerar ameaças e exposições desnecessárias, com a coleta de

¹ Acadêmica do curso de Direito, Universidade Estadual do Tocantins/UNITINS. E-mail: iza_thawana@hotmail.com

² Doutora em Função Social do Direito pela FADISP (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo) (2015 - 2018). Mestre em Administração pela Fead- Faculdade de Estudos Administrativos (2012-2014) . Especialista em docência em ensino superior, direito do trabalho e processo do trabalho, graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes -RJ. , Atualmente é professora dos cursos de Direito da atual Wyden Facimp (facimp- ministrando aulas no curso de direito desde fevereiro de 2005) , da Faculdade de Educação Santa Terezinha desde abril de 2005, . Da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão(UNISULMA) desde agosto de 2009 e professora da Universidade Estadual do Tocantins UNITINS Fevereiro de 2018 até dezembro de 2018), é Professora de Pós-Graduação da UNITEC e da INESPO, é palestrante na área do direito e áreas afins. Foi procuradora do município de Imperatriz(2000-2008), Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público e Privado. É advogada desde 1999 serviços advocatícios voltados para área trabalhista. Pesquisadora CNPQ.

Coordenadora do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - “Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais”. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. E-mail: marciacgirardi@hotmail.com

dados em locais e momentos não imaginados, através de câmeras de segurança, celulares, aparelhos de uso doméstico e até mesmo brinquedos, dentre outros.

Sendo assim, dados e informações são cruzados e formam o perfil de milhares de indivíduos em sistemas que possuem variadas finalidades, muitas dessas ilegais. Dessa forma, a privacidade humana pode ser posta em risco e ainda assim a situação passar despercebida, o que beneficia corporações, hackers e governos invasores. Portanto, o presente estudo, questiona quais os mecanismos legais necessários para proteger o direito de privacidade na era da supervigilância.

Nessa perspectiva, o Direito à privacidade é assegurado em nível internacional, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo, tal preceito, fundamental para o desenvolvimento da personalidade e proteção da dignidade humana. Logo, é de suma importância que seja debatido o futuro desse direito frente ao avanço das tecnologias e do perigo que os sistemas de vigilância podem causar, para que se possa entender qual o melhor caminho a ser percorrido na busca da plenitude do Direito à Privacidade em tempos que parecem oportunizar o seu fim. A presente pesquisa tem como principais objetivos discorrer sobre o uso de sistemas de monitoramento inteligente no Brasil e no mundo, refletir sobre o direito de privacidade e os perigos que este pode enfrentar com a supervigilância; além de discutir sobre mecanismos de proteção legal acerca da aplicação dessas tecnologias.

2. O mundo inteligente e hiperconectado

Não é segredo para a sociedade que a tecnologia digital tem avançando de forma desenfreada no mundo inteiro. Tornou-se frequente o surgimento de milhares de dispositivos que oferecem facilidades e comodidades que estão surpreendendo cada vez mais a humanidade. É essencial, nessa fase tecnológica, um determinado elemento: a conexão com a internet, e definitivamente o mercado não tem deixado a desejar nesse aspecto, é então que pode-se falar no termo “Internet das Coisas”.

O conceito de internet das coisas está relacionado com a evolução da internet, surgindo com a chamada Web 3.0. A internet surgiu no final da década de 1960 e evoluiu até a chegada da Web, ferramenta de acesso à internet, no final da década de 1980. Assim explica Eduardo Magrani sobre esta:

“O principal acesso à internet hoje no mundo se dá por meio da web, que acabou se tornando, usualmente, sinônimo da própria internet, mas que não deve ser confundido com esta. Web é um termo simplificado de world wide web, que consiste em apenas uma das várias ferramentas de acesso à internet. A web usa a internet, mas ela em si não é a internet.” (MAGRANI, 2018, pág. 63)

Dessa forma, são utilizados alguns termos para dividir o desenvolvimento da internet, sendo esses: Web 1.0, Web 2.0 e a mais recente Web 3.0, tendo esta última como principal uso o cruzamento de dados, como também afirma Magrani:

“Enquanto a web 2.0 permitia a interação de pessoas, a web 3.0 usará a internet para cruzar dados. Essas informações poderão ser lidas pelos dispositivos, e estes conseguirão fornecer informações mais precisas. O conceito de web 3.0 ainda é fluido e alvo de críticas, porém já apresenta algumas características que o distinguem das ondas anteriores. A principal delas são os novos polos de conexão, em que objetos interagem com pessoas e também com outros objetos; por isso a relação com a ideia de internet “das coisas”.” (MAGRANI, 2018, pág.68)

Sendo assim, o termo “Internet das Coisas” (em inglês, Internet of Things - IoT) refere-se aos dispositivos que são conectados à internet e, a todo momento, geram dados e informações; não sendo, necessariamente, aqueles usualmente conectados, como celulares e notebooks, mas objetos como relógios; geladeiras; torradeiras; escovas de dente, e muitos outros. Esses dispositivos, atualmente, podem entregar muito mais do pedimos e de forma mais rápida, através da conectividade e do uso de inteligência artificial.

O termo inteligência artificial surgiu em 1956, em uma conferência no campus do Dartmouth College, onde ocorreu a fundação do campo de pesquisa em inteligência artificial. Tal ciência é fonte do desejo de formar máquinas que possam agir e pensar como os seres humanos. Logo, trata-se de uma área da computação que busca desenvolver mecanismos que simulem a inteligência humana. A AI tem revolucionado muitas indústrias com sistemas que possuem grande eficácia na otimização de tarefas, tem-se como exemplo o setor de saúde, através de assistentes virtuais no atendimento ao paciente, cirurgia com uso de robôs, triagens inteligentes, entre outros; Segundo dados do IDC (International Data Corporation) até 2021 cerca de 20% das organizações de saúde terão alcançado de 15 a 20% de ganhos de produtividade por meio da adoção de tecnologia artificial. No setor de varejo a AI já se tornou bastante comum com a busca de produtos por meio dos smartphone's e com os sistemas de informação personalizada; um levantamento da Oracle indica que 37% das empresas já implantaram algum tipo de sistema de AI e 41% pretendem investir na tecnologia até 2020. Na China, a tecnologia inteligente já está bem avançada com a presença apenas de máquinas de atendimento em algumas lojas físicas, tendo como novo desafio o uso de reconhecimento facial para pagamento ao sair da loja, esse tipo de sistema já está sendo implementado em lojas da BingoBox, grande varejista do país.

Com isso, percebe-se que pouco a pouco tecnologias inteligentes e conectadas fazem parte do dia a dia da humanidade, não apenas em seus lares, mas em momentos e lugares diversos, tornando-se algo tão comum que passe até despercebido em determinados casos.

Há de se evidenciar que essas inovações também têm sido utilizadas por governos, organizações, dentre outros, com destinação à segurança pública, através de câmeras de monitoramento que utilizam sistemas de reconhecimento facial. Tem-se como exemplo o Facewatch, sistema britânico que faz notificações acerca de crimes e compartilha informações aos que o utilizam. No Brasil, já existe a presença desse tipo de sistema para o combate de crimes em cidades como Salvador (BA) e Campinas (SP).

Sendo assim, muitos governos, empresas e pessoas tem intensificado o uso da inteligência artificial e internet das coisas, e apegam-se cada vez mais a essas tecnologias, considerando-as ferramentas “amigas”, e como se o seu único propósito fosse o de melhorar a vida humana. Porém, é necessário entender que nem sempre esse é objetivo e que essas podem se tornar uma grande ameaça à privacidade.

3. Supervigilância e o risco à privacidade

Já é possível compreender a enorme presença que os dispositivos inteligentes e conectados têm no cotiado da sociedade, seus benefícios e perspectivas de crescimento. Logo, é imprescindível que se discuta os malefícios e perigos que esses também podem gerar à coletividade, em se tratando dos aspectos éticos e legais.

A privacidade, em tempos nos quais o direito tinha como essência o patrimonialismo, era considerada individualista e elitista. Isso se dava por esse direito ter tomado maior proporção com as diligências que surgiam nos tribunais por parte de pessoas públicas contra determinadas intromissões da imprensa em suas vidas particulares. Com o desenvolvimento tecnológico e o maior fluxo de informações, esse direito passou a ser mais exigido pela sociedade em geral. Primeiramente, foi considerado como um direito de estar só, e depois, com a maior utilização de informações pessoais por parte de governos e empresas, tornou-se um direito coletivo de proteção das informações pessoais e controle sobre as mesmas.

Dessa forma, deve-se evidenciar que os governos foram, e muitos ainda são, grandes invasores da privacidade humana, utilizando-se de métodos de coleta de dados para controlar a sociedade que governam, sendo um dos principais motivos que despertou o interesse social pelo direito à privacidade, pois era extremamente fácil a captura de informações por parte daqueles quando não haviam regulamentações específicas, utilizando-se de justificativas, como explica Danilo Doneda:

“Podemos estabelecer, de início, que dois fatores estão quase sempre entre as justificativas para a utilização de informações pessoais: o controle e a eficiência. Podemos observar uma série de interesses que se articulam em torno desses dois fatores, seja envolvendo o Estado ou entes privados [...]” (DONEDA, 2016, pág. 09)

Com isso, a legislações internacionais como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Declaração dos Direitos Humanos, as quais foram desenvolvidas com cunho humanitário, destacaram em seus ordenamentos o direito à privacidade, demonstrando a sua importância.

Sendo assim, mesmo com a proteção legal em nível internacional, a privacidade vem enfrentando diversos desafios em tempos de inteligência artificial e internet das coisas. Há de se destacar, que o intenso surgimento de brinquedos conectados tem colocado diversos hackers em meio a famílias no mundo inteiro. Tem-se como evidência a boneca Cayla, a qual fala e responde perguntas feitas pelas crianças, que foi considerada em 2017, um brinquedo de espionagem ilegal pela Federal Network Agency da Alemanha. Outro caso é o do brinquedo Furby Connect, um boneco em forma de ovo que sorri quando recebe cócegas, no qual o seu dispositivo bluetooth permite, a quem estiver até 30 metros de distância, roubar a conexão e através dela ligar o microfone do mesmo, podendo assim captar sons ao redor do brinquedo. Tal pesquisa foi realizada pela Wish?, instituição britânica de caridade em conjunto com o Stiftung Warentest, grupo alemão de defesa do consumidor,.

Nessa perspectiva, em ambos os casos nota-se como esses objetos podem vigiar sorrateiramente diversas pessoas no mundo e assim ameaçar a vida íntima e privada das mesmas, consequência do remoto interesse de desenvolver dispositivos eficazes e ao mesmo tempo seguros, e da falha da aplicação de diretrizes em meio ao mundo da inovação tecnológica, assim afirma Magrani:

“A tecnologia está avançando mais rápido do que nossa habilidade de garantir a tutela dos direitos individuais e coletivos. Neste contexto, é crucial debatermos as noções de privacidade, segurança e ética que deverão nortear os

avanços tecnológicos, refletindo sobre o mundo em que queremos viver e em como nos enxergamos nesse mundo de dados e máquinas relacionado ao novo cenário de IoT e de Inteligência Artificial.” (MAGRANI, 2018, pág. 27)

Logo, é imprescindível que essa discussão seja colocada em pauta de forma mais abrangente, pois é possível presenciar diversos conflitos éticos e legais. Vale mencionar, que a utilização de câmeras de reconhecimento facial desperta um incômodo em partes da sociedade, pois trata-se da captura de informações em larga escala que põem em risco direitos fundamentais do ser humano como intimidade, privacidade e imagem, principalmente quando esses dados são utilizados incorretamente por parte de instituições ou quando são expostos à invasão de hackers, situação comumente vivida. Além disso, também é de grande ameaça social que governos tenham a intenção de controlar populações através desses sistemas inteligentes, colocando os interesses políticos em detrimento da dignidade humana.

4. Regulamentação legal

Com o melhor entendimento da necessidade humana de privacidade e de que deveria haver uma tutela legal para esta, foram se desenvolvendo diretrizes que garantissem a mesma, proporcionando a ideia do direito à privacidade. Com isso, as principais legislações que deram base internacionalmente a esse direito foram a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclamada em 1948, tratando em seu artigo 12º da não interferência na vida privada; e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, instituída em 1950, que toma como base a DUDH e aborda o respeito à vida familiar e privada. Ambas as regulamentações têm grande importância para a proteção da privacidade pois foram a influência para o desenvolvimento dessa tutela em diversos países do mundo.

Ademais é preciso compreender que com o desenvolvimento tecnológico novas percepções devem ser feitas sobre o direito à privacidade. Tal como foram citados são muitos os dispositivos que utilizam AI e IoT, além

desses existem muitos outros que fazem coleta de dados para proporcionar comodidades ou gerar informações requisitadas pelos usuários, podendo alguns daqueles, quando utilizados isoladamente, não gerar nenhum tipo de amedrontamento, mas que quando reunidos todos os dados coletados por eles, o volume de informações pode se tornar uma arma digital.

Dessa forma, as diretrizes tradicionais não são o suficiente para providenciar a proteção legal da privacidade, pois não contemplam os riscos que esta está sujeita na atualidade. Logo, alguns países já instituíram e outros ainda estão providenciando regulamentações específicas.

4.1 Brasil

No Brasil o principal preceito legal referente a privacidade se encontra na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, afirmando no inciso X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Ainda, é possível encontrar proteção no artigo 21 do Código Civil brasileiro e na seção VI do Código do Consumidor. Sendo assim, sabe-se que essas diretrizes dão existência à tutela do direito à privacidade, porém abordam o assunto de forma rasa, não podendo alcançar de forma segura diversas situações existentes no mundo real e no virtual.

Com isso, através do Marco Civil da Internet surgiu uma regulamentação específica para as violações à privacidade, honra, imagem, entre outras coisas, dentro do ambiente virtual, situações que se tornaram comuns. Podendo assim, melhor assegurar e clarear os direitos e deveres que todos possuem. A proteção à vida privada aos usuários da internet se encontra nos artigos 3º, II; 7º e 10º do Marco Civil da Internet.

Dessa forma, apesar dessa lei ter uma grande importância devido a crescente presença da internet na vida cotidiana da população, ela ainda não é o suficiente para tratar da imensidão de ameaças que surgem através do desenvolvimento tecnológico, pois em tempos de IoT e AI os riscos não envolvem apenas o ambiente virtual, mas também o mundo físico. Tais

ameaças se devem a não necessidade do acesso voluntário à internet para que se tenha um dado coletado, pois isso pode ocorrer através de cadastro em uma loja, uso de dispositivos conectados em casa, reconhecimento por câmeras de segurança, além de outras situações.

Portanto, entende-se que apenas uma lei mais abrangente pode limitar determinadas ações de uso de informações pessoais coletadas por empresas, governos e outras instituições.

Nesse sentido, foram desenvolvidos diversos projetos de lei que tratassem sobre a proteção de dados pessoais, a qual pode ser considerada uma extensão do direito à privacidade, surgindo então a lei 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados, através do projeto de lei complementar 53/ 2018, o qual foi uma combinação dos PL 's 4.060/2012 e 5.276/2016. Tal norma acrescenta o que o Marco Civil da Internet não pode proporcionar, nas palavras de Magrani:

“Nada obstante, a regulação do Marco Civil é insuficiente para proteger os dados pessoais e a privacidade em suas mais diversas facetas. Daí a importância da LGPD, que veio preencher as lacunas da legislação e é aplicável a uma gama mais ampla de usos da internet.” (MAGRANI, 2018, pág 87)

A LGPD aborda a nova visão do direito à privacidade, pois trata-se do intuito de assegurar essa tutela, bem como de proporcionar o controle sobre as informações pessoais, quem as possui e para que finalidade. Com isso, deve ser gerado uma nova postura por parte dos controladores de dados, ou seja dos governos, empresas, e outros, pois os dados atualmente são vistos como um bem econômico que podem ser vendidos para a promoção de diversas finalidades.

Sendo assim, a LGPD tem cunho essencial para a proteção da vida privada, pois é uma iniciativa que proporcionará maior segurança a sociedade e irá gerar esse entendimento a medida que a mesma tomar conhecimento de sua existência. Além disso, são mencionados princípios essenciais à proteção de dados e conceitos que se envolve a utilização destes. É essencial retratar que tal diretriz já foi sancionada porém só entrará

em vigor a partir do segundo semestre do ano de 2020. Ademais, vale ressaltar que foi criado um órgão específico regulador do uso de dados, denominado de Autoridade Nacional de Proteção de Dados, o qual deverá fiscalizar o cumprimento da legislação.

4.2 Mundo

A Europa tem um dos principais regulamentos sobre tratamento de dados, através do General Data Protection Regulation (GDPR), o qual serviu inclusive como base para a criação da legislação brasileira, a LGPD, abordando igualmente o direito que os cidadãos possuem de controlar os seus dados pessoais. Além da Europa, países na América Latina como Argentina, Chile e Colômbia também possuem regulamentação específica.

Por outro lado, os Estados Unidos não possuem uma diretriz federal única relacionada a proteção de dados, pois entende-se que trata-se de um assunto que está mais direcionado para o futuro, o que pode ser preocupante em um país com um largo desenvolvimento tecnológico, onde podem ser coletados dados dos mais variados tipos.

5. Considerações finais

A inovação tecnológica com a IoT e AI desafiam o direito à privacidade a encontrar novas perspectivas na legislação do Brasil e no mundo, devido a ameaça que carregam a sociedade. Pode-se compreender as diversas aplicações de dispositivos conectados que são feitas em lares e empresas e como a pessoas têm se apegado aos mesmos, existindo nessa situação o maior perigo. Nesse sentido, o direito tem despertado em vários países iniciativas de legislações, que se tornam cada vez mais necessárias, voltadas à proteção de dados pessoais, visando ordenar de forma explicativa o devido tratamento desses dados. Dessa forma, protege-se o direito à privacidade de nova maneira, garantido limites aqueles que fazem coletas de dados e informações pessoais. Infere-se, portanto, que o direito tem

tomado boas iniciativas no campo da proteção de dados, mas que ainda enfrentará novos desafios à medida que essas tecnologias com inteligência artificial forem evoluindo, e é necessário que órgãos, tribunais, empresas, governos e pessoas se atentem a diretriz para que o direito seja plenamente efetivado, em especial no Brasil, pois a LGPD se encontra em período de adaptação.

Referências

Benefícios da inteligência artificial na saúde. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/mgapress_old/beneficios-da-inteligencia-artificial-na-saude/> Acesso em 15 de jan.

Brinquedos conectados podem levar hackers para dentro da sua casa. Disponível em: <<https://link.estadao.com.br/noticias/geral,brinquedos-podem-por-hackers-em-sua-casa,70002133945>> Acesso em: 09 de jan.

Doneda, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais / Danilo Doneda. — Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Inteligência artificial começa a chegar à segurança pública. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/inteligencia-artificial-comeca-a-chegar-a-seguranca-publica/>> Acesso em: 17 de jan.

Magrani, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade / Eduardo Magrani. — 2. ed. — Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

Pagamento por reconhecimento facial: a grande aposta na China. Disponível em: <<https://www.consumidormoderno.com.br/2019/01/17/pagamento-reconhecimento-facial-grade-aposta-china/>> Acesso em: 15 de jan.

Neoliberalismo: uma visão autoritária da sociedade

*Ana Carolyne Nunes Cesar*¹

*Jorge Paulo Pontes da Silva*²

*Walisson Soares Terto*³

*Marcio Fernando Moreira Miranda*⁴

1. Introdução

Para iniciarmos nosso trabalho, trataremos de observar um ponto de extrema importância, que, *per si*, é uma estratégia dos agentes de mercado que se insere num contexto mais amplo do conflito, cuja finalidade é confundir e desorientar a sociedade, qual seja, a definição sistematicamente difundida que associa de modo imediato neoliberalismo ao conceito de livre mercado. O “equivoco” insinua-se no caráter restritivo da definição de que neoliberalismo é a economia de livre mercado, na qual os agentes realizam trocas voluntárias, mediatizadas pela autonomia da vontade,

¹ Acadêmica do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

² Acadêmico do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

³ Acadêmico do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

⁴ Doutor em função social do Direito-FADISP (2018); Mestrado em Administração-FEAD (2014); especialista em docência do Ensino Superior- UEMA (2004); especialista em direito do trabalho e processo do trabalho- UCAM (2007); especialista em história e geografia do Brasil (2003). Atualmente é professor Adjunto, classe C na UFMA (2015); professor da UNISULMA e da UNITINS, foi professor da Faculdade de Educação Santa Terezinha e onde, também, exerceu a função de coordenador do curso de direito (2006-2007). É Pesquisador da FAPEMA e CNPQ Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - “Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais”. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. e-mail: marciotoxts@hotmail.com

visando o próprio ganho e bem-estar – e, como corolário, acabam promovendo o progresso material de toda a sociedade.

É indispensável, para sustentar tal teoria, o entendimento de que o mercado segue suas próprias leis naturais que, sem qualquer interferência alheia, mantém o equilíbrio gravitacional da oferta e da procura, garantidoras de que os bens escassos cheguem às pessoas que mais os valorizem. Nessa ótica, o intervencionismo estatal, com suas regulamentações na ordem econômica, é deletério e desestabilizador da economia. Outrossim, o excesso de Estado limita e ameaça a liberdade do indivíduo. Para os propugnadores do ultraliberalismo, muito embora a história não possa consubstanciar narrativas incontestes, o livre mercado promove a riqueza e o crescimento das sociedades, tornando-as mais dinâmicas e eficientes na alocação de recurso e geração de riqueza para a grande maioria, quiçá, para todos.

Contudo, o que pretendemos demonstrar aqui é que o neoliberalismo é um fenômeno bem mais amplo e abrangente, por assim dizer. Não se trata apenas de um formato de mercado regulado por suas próprias leis internas, metafóricamente tratadas como “mão invisível”, dispensando, naturalmente, o intervencionismo estatal na economia. Em nosso entender, porém, o neoliberalismo demanda mais Estado em termos sociais. E isso acontece em decorrência de seu caráter excludente e opressor.

2. Referencial teórico

O neoliberalismo é na verdade a ideologia dos financistas, dos especuladores, dos CEOs, que, por fórmulas simplistas e enganadoras, tem alcançado grande repercussão no mundo e encontrado adeptos nos mais variados segmentos da sociedade. Contudo, o que a classe da minoria opulenta tem feito é impor à maioria uma série de duras medidas, como a reforma trabalhista, a austeridade fiscal e a reforma previdenciária.

Parte do seu sucesso, enquanto ideologia, se dá por sua habilidade de mascarar as tensões e fissuras no tecido social e passar, assim, a imagem

de que a sociedade é um todo harmônico, fundamentada em interesses comuns. Dentro dessa ótica, é o mercado o ente capaz de personificar os sonhos e aspirações da sociedade. Logo, o que for bom para o mercado, o será para toda a sociedade. Para ficar bem claro: o que for bom para os especuladores o será também para todas as classes sociais.

Impende a observação que a sociedade não está constituída sobre interesses homogêneos e comuns a todos. Pode-se até mesmo dizer que o Estado é uma consequência do conflito desses interesses. Assim, não podemos dizer que o interesse de um trabalhador seja o mesmo do seu patrão. Este, por exemplo, gostaria de pagar salários menores e obter maiores lucros; já o empregado gostaria de ganhar maiores salários e, quem sabe, participação nos lucros, dentro de uma jornada de trabalho reduzida.

Vejamos em que ponto pretendemos chegar. Não é comum que o grande público acompanhe o noticiário do mundo das finanças ou que se debruce sobre publicações especializadas da área. Contudo, por mais desatentos que possam ser, é comum ouvirmos que, por algum motivo, os mercados estão nervosos, inseguros, que o mercado se mostra apreensivo ou reage bem a resultado de eleições – como se o mercado fosse um ente dotado de temperamento humano.

Em artigo publicado em 10 de novembro de 2018, Samuel Pinheiro Guimarães, Secretário-Geral de Relações Exteriores do Itamaraty entre 2003 e 2009 e Ministro-chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos entre 2009 e 2010, com clareza meridiana, ressalta que *“O que se denomina de ‘Mercado’ não é certamente, portanto, o conjunto de consumidores, trabalhadores, capitalistas, altos executivos como se procura fazer acreditar.”*

A bem da verdade, esse mercado dotado de temperamento é controlado pelos investidores e especuladores e altos executivos, com interesses divergentes da grande maioria das pessoas.

Pierre Dardot e Merval (2016) ao estudarem o fenômeno neoliberal, referem-se a uma nova racionalidade do capitalismo, um novo paradigma organizacional da sociedade, pautada na hierarquia e no controle social. Trazendo mais clareza ao tema, em nota introdutória ao trabalho de

Noam Chomsky, Robert W. McChesney (1999, p. 03) assevera que o neoliberalismo é um paradigma econômico e político, e que:

Ele consiste em um conjunto de políticas e processos que permitem a um número relativamente pequeno de interesses particulares controlar a maior parte possível da vida social com o objetivo de maximizar seus benefícios individuais.

A partir dessas ponderações, o caráter universalista – por isso, neutro e não ideológico – do neoliberalismo parece perder seu significado. Na verdade, do ponto de vista científico, ele é pouco estruturado, mas, por outro lado, cumpre a dupla façanha de passar-se por algo não ideológico e não político. Não é à toa que geralmente seus defensores apresentem-se como *outsides*, não políticos, e antiestatistas, mantendo uma pompa de racionalistas e de científicos. Mas é claro que aqueles que se dizem não políticos são tão políticos quanto os demais.

Prova disso é a própria impossibilidade de se definir objetivamente o que é livre mercado, não sendo, portanto, não mais que uma definição política. Destarte, a alegação dos economistas de estarem defendendo um mercado “*de interferências políticas motivadas do governo*”, não passam de ardid, pois, ao final das contas, todo mercado tem regras que impõem limites à autonomia pessoal dos indivíduos, bem como o governo estará sempre envolvido, como sustenta o economista Há-Joon Chang (2010, p. 24):

Se o mesmo mercado pode ser percebido por diferentes pessoas como tendo vários graus de liberdade, não existe realmente uma maneira objetiva de definir o quanto esse mercado é livre. Em outras palavras, o livre mercado é uma ilusão. Alguns mercados só *parecem* livres porque aceitamos tão completamente as regulamentações que os sustentam que elas se tornam invisíveis.

Por mais que se tente pinta a ciência econômica com as tintas das ciências naturais, como a física e a astronomia, não existe rigor científico, objetividade, na definição de livre mercado, porquanto a tentativa de defendê-lo ou atacá-lo são igualmente legítimas e verdadeiramente tomadas

de posição política. A esse respeito Chang é taxativo ao dizer que os economistas defensores do mercado não regulado nos querem passar a ideia de que há, objetivamente, pontos delimitantes “corretos” do mercado, quando na verdade o que há são ambiguidades. Logo, como bem assevera Chang, se os limites não podem ser cientificamente determinados, as ponderações acerca de uma suposta definição de tais limites localizáveis não fazem parte da ciência. (Chang, 3013, p. 32)

Mesmo tomando por verdadeira a concepção negativista de que o Estado é uma instituição ilegítima, uma ameaça às liberdades individuais, não podemos perder de vista que pode haver ainda instituições mais ilegítimas que pretendem assumir as funções estatais. Essa temática é recorrente nos trabalhos de Chomsky. Então, quando se diminui o Estado, mais poder é posto nas mãos de tiranias privadas. Como se sabe, não há vaco de poder. Sempre que um poder se ausenta ou se retrai, um outro se impõe. É Noam Chomsky que delinea uma distinção bem clara entre o Estado e as corporações privadas.

Para Chomsky (1999), o Estado é poroso, influenciável, uma espécie de arena pública na qual o cidadão pode participar, atuar e influenciar a política. Ademais, o Estado se tornou democrático, e que, por isso, o cidadão pode intervir na arena política através do voto direto, secreto, universal e periódico. A pedra no sapato do modelo neoliberal não é exatamente o Estado, mas sim o Estado democrático, que não só encontra limites restritivos ao seu poder nos direitos e garantias fundamentais tabulados na constituição de 05 de outubro de 1988, como os garantem a todos os indivíduos.

Já as grandes corporações são organizações de caráter absolutistas, desejosas de assumir as funções próprias do Estado, são “*desprovidas de responsabilidades pública*”, pontua Chomsky. A lógica da correlação de poder é simples: se o Estado perder poder, as empresas ganham poder. O Estado é a única grande força que o cidadão pode contrapor às corporações que, nas últimas décadas tornaram-se os grandes protagonistas do cenário

internacional. A natureza dessas empresas é distinta da do Estado em sua forma atual.

Como nos diz Bernard Crick (1981, p. 28), *“Hobbes mostrou, involuntariamente, como é possível preparar o terreno para o totalitarismo, quando denunciou todas as ‘corporações’ como ‘vermes dentro das entranhas do corpo político”*.

Obviamente que toda essa onda política de ultraliberalismo que corre o mundo repercute no direito. Não só repercute, faz uso sistemático do direito, principalmente o direito penal. Aqui podemos perceber o neoliberalismo como uma forma de governar, num sentido de técnica de controlar as pessoas.

Vejamos porque isso acontece. Segundo Casara (2017, p. 92), como já definiu Max Weber, ao apontar o poder como imposição de vontade, submetendo o comportamento alheio:

O poder penal é um dos principais instrumentos para o controle social de pessoas indesejáveis aos olhos dos governantes, dos detentores do poder político e do poder econômico [...] O neoliberalismo, aliás, percebido como um modelo de governar a sociedade, tem que recorrer ao poder penal para sustentar o projeto capitalista [...] o poder penal é uma das mais importantes manifestações de força do Estado, que detém o monopólio da força legítima.

Por outro lado, as constituições pós-segunda guerra que apresentam limites a uma esfera de proteção do indivíduo da opressão e dos excessos do Estado são vistas como obstáculos ao livre desenvolvimento do autoritarismo imanente ao modelo neoliberal. Entendido desse modo, que os direitos adquiridos são tidos como empecilho, entrave, à pós-democracia, nas palavras de Amorim (2001, p. 21):

Protagonizado pela globalização da economia que coloca em xeque o Estado moderno e, por conseguinte, introduz uma crise no direito, porquanto as chamadas políticas ‘neoliberais’ que defendem um Estado minimalista, transferem para o jogo do mercado aquilo que estava garantido legalmente por um Direito de fontes estatal. A barbárie referida e eufemisticamente denominada “flexibilização”, revela-se, principalmente, quando a minimização do

Estado significa o desmonte das instituições sociais e a revogação de direitos gestados nas lutas sociais e que estão garantidos pelas constituições dos Estados.

Para Amorim (2001), diante das rápidas mudanças que sacodem o mundo, muitas teorias ficaram obsoletas e incapazes de explicar o real que continua a se mover. E essa onda de mudanças, que o autor taxativamente trata como barbárie, inequivocamente, alcança a dimensão do direito, sem o qual “*nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro*”, conclui ele. Quanto à natureza do fenômeno em tela, não restar dúvida que Amorim se refere ao que se convencionou chamar de neoliberalismo ou ultraliberalismo, por força de seus efeitos, quais sejam: flexibilização, redução do Estado, desmonte das instituições sociais e revogação de direitos.

É preciso dizer, contrariando as concepções naturalistas, que os direitos fundamentais são acidentais e, por isso, precisam ser reafirmados e sustentados como valores de um mundo democrático. Frisa-se, se um dia a democracia perecer, todos esses direitos perecerão também.

O que comumente se imagina é que a democracia seja uma força imamente do mercado, uma condição de ser do capitalismo, e que daí se espera que quanto mais agentes livres dotados de racionalidade realizam trocas voluntárias no mercado, mais livre e próspera se tornaria a sociedade. Nas observações de Boaventura, normalmente as pessoas consideram liberalismo e democracia pressupostos um do outro, tendo como ponto de convergência o Estado de Direito. Contudo, o capitalismo nem sempre foi democrático. A esse respeito, Mascaro (2013, p. 84) nos assevera que:

As sociedades capitalistas somente em tempos muito recentes assumiram uma organização política democrática, e, mesmo assim, não universal. Até o século XIX, o estabelecimento das relações econômicas capitalistas não havia se encaminhado para um arranjo plenamente democrático nos Estados.

Ademais, mesmo no século XX, muitos países se tornaram economias capitalistas sem um desenvolvimento democrático correspondente. Os

casos de ditaduras na América Latina são bem ilustrativas do que estamos falando. Outrossim, não é incomum que o capitalismo assuma formas autoritárias ou ditatoriais para dar curso ao seu desenvolvimento. Como observa ainda Mascaro (2013), atualmente a crise capitalista passa por cima das conquistas, erigidas e consolidadas em normas, das populações em benefício dos grandes especuladores e financistas. As crises geralmente são instrumentalizadas, às vezes sistematicamente desenvolvidas, contra a classe trabalhadora, como forma de suprimir direitos trabalhistas conquistados ao longo do século passado.

Em um recente trabalho, os pesquisadores de Harvard, Levitsky e Ziblatt (2018), ao apontarem o que seria uma forma convencional de golpe de estado, afirmam que devemos imaginar a morte de um regime democrático nas mãos de homens armados. Essa forma de tomada de poder, de fato, é bem arraigada no imaginário, não sem razão. Segundo os autores de *Como as democracias morrem*:

Durante a guerra Fria, golpes de Estado foram responsáveis por quase três em cada quatro colapsos democráticos. As democracias em países como Argentina, Brasil, Gana, Grécia, Guatemala – só para ficar com alguns da séria –, sofreram golpes militares convencionais.

Ou seja, essas democracias foram submetidas a processos violentos à semelhança do Chile em 1973, quando jatos Hawker Hunter de fabricação britânica mergulharam em rasantes, lançando bombas sobre La Moneda, o palácio presidencial no centro da cidade. Enquanto as bombas continuavam a cair, o edifício ardeu em chamas. O presidente Allende, eleito três anos antes como líder de uma coalizão de esquerda, estava entrincheirado no palácio.

Para os autores, o retrocesso democrático começa nas urnas, pelos próprios representantes eleitos, que, ao chegar ao poder, subvertem o processo ao criar ou modificar leis, para ficar em um exemplo. Segundo eles, as ditaduras de cunho fascista ou mesmo comunista “*desapareceram em grande parte do mundo.*” Não se trata mais de um golpe ou de um poder

nu, às claras, na definição de Bertrand Russell, trata-se de ações totalitárias de precisão no interior da própria democracia. Não se trata mais daquele golpe que no dia seguinte cassa os direitos políticos e as liberdades de cada um. Trata-se de uma espécie de golpe *soft*, também chamada de golpe branco.

Como não há um momento único – nenhum golpe, declaração de lei marcial ou suspensão da Constituição – em que o regime obviamente ‘ultrapassa o limite’ para a ditadura, nada é capaz de disparar os dispositivos de alarme da sociedade. Aqueles que denunciam os abusos do governo podem ser descartados como exagerados ou falsos alarmistas. A erosão democrática é, para muitos, quase imperceptível.

Os dispositivos de alarme aos quais se referem são os freios e contrapesos – a separação clássica de poderes, bem como a própria Constituição –, que, sem bons costumes políticos e normas robustas, não são suficientes para conter demagogos autocratas eleitos.

O Constitucionalista Pedro Serrano ao tratar desse tipo de operação dentro da democracia assevera:

Há também medidas de exceção no interior do Estado Democrático, como no caso do Mensalão, da Lava Jato e, aparentemente, no caso do impeachment de Dilma. Segmentos incluídos da sociedade são tratados com a exceção que o pobre é tratado, com finalidade estritamente política. A seletividade é inerente à exceção. Quando ela ocorre, não há previsibilidade.

Dessa forma, ver-se que Estado de Direito e estado de exceção não são categorias diametrais que se repelem, “*embora o uso sistemático da exceção possa levar à ruína o Estado de Direito*”(Valim, p.22), visto que ambos são produtos do mesmo fluxo histórico, sendo a exceção claramente um fenômeno do período democrático e não do absolutismo. O tema da exceção é importantíssimo para o entendimento de como o totalitarismo neoliberal atua dentro da “legalidade”.

Na mesma linha de pensamento, corrobora Casara (2018, p. 61):

É necessário ressaltar que a própria democracia, em especial a sua dimensão formal que se manifesta a partir do princípio da maioria, contém em si mesma, escondida, latente, as condições à sua aniquilação [...] De fato, diversas manifestações totalitárias, que costumam ser apresentadas como antíteses da democracia, surgiram e foram fortalecidas no ambiente democrático: o nazismo alemão é o exemplo mais explícito desse fenômeno.

Como salienta Valim (2017, p. 32):

O neoliberalismo transforma a democracia liberal em uma retórica vazia, sem correspondência com a realidade social. E é exatamente neste antagonismo, cada vez mais claro, entre a ordem democrática e o neoliberalismo que irrompem os estados de exceção.

É válido dizer que quem decide a exceção não é o povo e, conforme Carl Schmitt, *apud* Valim (2017, p. 20), “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”, a significar a decisão última, a autoridade ilimitada, bem como a supressão da ordem legitimada, ou ainda “parcelas de poder que, lícita ou ilícitamente, escapam aos limites estabelecidos pelo Estado de Direito” (Valim). É nessas circunstâncias, pois, que se pode constatar que as grades de contenção contra os excessos autoritários do Estado estão avariadas e que os que deviam resguardar a Constituição, hoje a ameaçam.

Para não restar dúvida, é o próprio Valim que conclui que “*Quem decide sobre a exceção atualmente é o chamado ‘mercado’, em nome de uma elite invisível e ilocalizável; é dizer, o soberano na contemporaneidade é o mercado*”, assinalando adiante que “*o principal e mais perigoso agente da exceção no Brasil é o Poder Judiciário.*”

Ademais, diante de um cenário no qual as instituições se encontram enfraquecidas e desacreditadas, como desacreditados se encontram também a classe política e os meios políticos de atender demandas sociais, pode-se caracterizar a exceção como um mecanismo de despolitização assomado à descrença e ao nihilismo vicejante que hoje tomam o cidadão brasileiro.

3. Considerações finais

Gostaríamos de ressaltar que o neoliberalismo é uma ideologia elitista de uma pequena minoria privilegiada pelo sistema financeiro global, que ganhou força quase religiosa como a última verdade, o destino inevitável e o mais racional para todas as camadas sociais. Longe de ser um sistema neutro baseado nas forças naturais do mercado, as quais não devem sofrer interferências políticas e interesseiras do Estado e de seus agentes, sob a pena de perder o equilíbrio, é uma concepção global, uma cosmovisão da sociedade calcada no paradigma autoritário, embora se apregoe a liberdade – diga-se de passagem, genericamente. Considerando a normatividade neoliberal, podemos afirmar tratar-se de um modelo social desigual, hierarquizado e, obviamente, autoritária.

Apesar de apontarem o intervencionismo estatal como uma ação desastrosa e deletéria para o mercado, como também uma ameaça ao indivíduo, pois quanto mais estado menos liberdade há para este, o que se vê é uma maior demanda por Estado. Querem Estado mínimo na economia, mas não se incomodam da constante proteção e garantias concedidas pelo Estado. Não obstante, como pudemos demonstrar, o neoliberalismo demanda mais Estado, a bem da verdade, um Estado forte – débil na elaboração e implementação de políticas públicas –, voltado para o controle social dos indesejáveis e perseguição criminal, sem o devido processo legal, do inimigo.

Frisa-se, a violação e restrição de direitos fundamentais a seguimentos indesejados, inimigos políticos ou improdutivos da sociedade, é recurso amplamente explorado pelos neoliberais. O Estado Democrático de Direito não significa nada para a burguesia, senão empecilho à sua liberdade.

Ficou, também, claro que a democracia não é um fenômeno ínsito ao capitalismo, muito menos em sua fase neoliberal. Aliás, por vezes a democracia se realiza sem capitalismo, como também o capitalismo busca formas autoritárias para garantir seu desenvolvimento, como bem ilustra o caso chileno de 1973 e as meditas autoritárias, de exceção, dentro da

própria democracia, contrariando o entendimento equivocado de que Estado de Direito e estado de exceção são opostos irreconciliáveis.

Em suma, a Constituição de 1988 é hoje o maior empecilho ao avanço dessa filosofia econômica, tanto que a mesma é constantemente atacada por sua natureza social e garantias em prol da dignidade humana, atribuindo resultados econômicos catastróficos e, por extensão, o fenômeno da judicialização das funções dos poderes do Estado.

In fine, a derrocada das democracias não se configuram mais por golpes violentos com perda de direitos e normas impostas de efeito vinculante, *erga omnes*, que contrariam a soberania. Ocorrem, sim, de forma silenciosa, no interior das próprias democracias, tornando esta um simulacro, um discurso vazio, por meio de medidas de exceção.

Referências

- AMORIM, Aluizio Batista de. Elementos de Sociologia do Direito em Max Weber. Florianópolis: Insular, 2001.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- CASARA, Rubens R. R. Estado Pós-Democrático: Neo-obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- CHANG, Ha-Joon. 23 Coisas que Não Nos Contaram Sobre o Capitalismo. 1ª ed. São Paulo: Cultrix, 2013.
- CHOMSKY, Noam. Notas Sobre o Anarquismo. 1ª ed. São Paulo: Hedra, 2011.
- CHOMSKY, Noam. O Lucro ou as Pessoas. São Paulo: Bertrand Brasil, 2002.
- CRICK, Bernard. Em Defesa da Política. 1ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- MASCARO, Alysson Leandro. Estado e Forma Política. 1ª ed. São Paulo: Editora Boi Tempo, 2013.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as Democracias Morrem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2018.

PINHEIRO, Samuel. O Projeto para a Maioria do Povo. Conversa Afiada, 2018. Disponível em: <https://www.conversaafiada.com.br/brasil/o-projeto-para-a-maioria-do-povo>. Acesso em: 9 de ago. 2018.

VALIM, Rafael. Estado de Exceção: A forma Jurídica do Neoliberalismo. 1ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2017.

A influência da pirâmide de Hans Kelsen para a constitucionalização dos direitos fundamentais

*Bennet da Silva Ferreira*¹

*Márcio Fernando Moreira Miranda*²

1. Introdução

Hans Kelsen foi um jurista austríaco, considerado a expressão máxima do Positivismo Jurídico. Sua teoria normativista está construída em sua principal obra, a Teoria Pura do Direito, um marco para o estudo da ciência jurídica.

Em sua obra Kelsen faz um estudo do Direito, tendo como objeto e metodologia apenas a norma jurídica. Através de sua teoria, tinha o objetivo de “purificar” o direito, o separando das ciências filosóficas e sociológicas, buscando a independência da ciência jurídica.

O autor defende que existe uma hierarquia entre as normas, e para explicar essa hierarquia normativa, ele desenvolveu uma pirâmide, conhecida no âmbito jurídico como a pirâmide de Kelsen, em sua tese as leis

¹ Acadêmico do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

E-mail:bennet@hotmail.com

² Possui Doutorado em função social do Direito-FADISP (2018); Mestrado em Administração-FEAD (2014); especialista em docência do Ensino Superior- UEMA (2004); especialista em direito do trabalho e processo do trabalho-UCAM (2007); especialista em história e geografia do Brasil (2003). Atualmente é professor Adjunto, classe C na UFMA (2015); professor da UNISULMA e da UNITINS, foi professor da Faculdade de Educação Santa Terezinha e onde, também, exerceu a função de coordenador do curso de direito (2006-2007). É Pesquisador da FAPEMA e CNPQ. Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - “Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais”. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJJ), da Universidade Federal do Maranhão. e-mail: marcioxts@hotmail.com

formam uma pirâmide, a qual no topo está situada a norma mais importante de um Estado, no caso, a Constituição.

Ainda, de acordo com essa pirâmide a graduação das normas estão postas da seguinte maneira: Constituição, Leis, sentença e atos de execução. Diante desta organização uma norma inferior está hierarquicamente fundamentada em uma norma superior.

Ou seja, segundo a teoria pura do direito, as disposições constitucionais são as mais importantes dentro de um ordenamento jurídico, por ser o fundamento de validade de todas as leis dentro de um Estado, devem ainda ser respeitadas pelas demais normas infraconstitucionais, inclusive, essas, assim são chamadas, pelo fato de na pirâmide kelseniana estarem abaixo da constituição. Desse modo, nenhuma lei pode se opor à Constituição, pois esta é a norma fundante das demais normas jurídicas.

Desse modo, é notório que em uma carta magna devem estar dispostas as normas mais preciosas de um país, aquelas leis invioláveis, que serão fundamentos de todo o sistema jurídico, como os princípios e garantias fundamentais, como bem o fez o poder constituinte originário da Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu Título II ao constitucionalizar os chamados direitos fundamentais já consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948.

Os direitos fundamentais podem ser definidos como um conjunto de direitos conquistados ao longo dos tempos, graças ao avanço da sociedade jurídica, e hoje positivados, trata-se de direitos inerentes aos indivíduos e essenciais a dignidade da pessoa humana.

Ainda, deve-se ressaltar que é obrigação do Estado protegê-los, essa proteção se dá através de normas que assegurem o gozo de tais direitos. E como já mencionado anteriormente, de acordo com a pirâmide de Kelsen, não existem normas mais importantes do que as disposições constitucionais, visto que na hierarquia normativa nenhuma lei pode ir de encontro ao que está estabelecido na constituição.

Sob essa perspectiva, é possível inferir que o poder constituinte originário acertou ao constitucionalizar os direitos fundamentais, dada a

importância de tais direitos para a pessoa humana. Ao positiva-los na CF/88 o processo para revogação dessas normas constitucionais torna-se mais dificultoso e burocrático, dessa maneira gera a segurança jurídica que tais direitos merecem.

Portanto o trabalho tem como objetivo destacar o grau de importância que o poder constituinte originário concedeu aos direitos fundamentais ao expressá-los no texto constitucional, sob a ótica da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, salientando a influência da pirâmide de Kelsen para a segurança jurídica de tais direitos.

2. Metodologia

Trata-se de uma pesquisa exploratória, a partir do levantamento de informações sobre o princípio da hierarquia das normas, bem como a disposição das mesmas na pirâmide de Kelsen, em conjunto com a constitucionalização dos direitos fundamentais, com o objetivo de ter mais familiaridade com esses temas.

Para tal, realizou-se revisão bibliográfica nos temas relacionados à constitucionalização dos direitos fundamentais, com a leitura do artigo “Direitos fundamentais: origem, dimensões e características” de Barbara Mota Pestana, além da leitura do livro “Teoria pura do Direito” de Hans Kelsen. Ainda, relacionando os temas acima expostos com o artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que trata “Dos direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, com enfoque nos direitos e garantias fundamentais presentes nesse artigo.

3. Hierarquia das normas e pirâmide de Kelsen

Kelsen faz parte da corrente filosófica positivista, que tem como principal expoente Augusto Comte, os positivistas pretendiam separar as ciências sociais da metafísica, da abstração e do plano das especulações, inspirados no âmbito das ciências da natureza que passavam por um

crescente desenvolvimento intelectual, entre os séculos XVIII e XIX, a partir do método científico como procedimento de estudo. Destarte, o positivismo tinha como objetivo levar o método científico e experimental para as ciências sociais.

A partir desta influência positivista, Hans Kelsen elaborou sua principal obra, que veio a se tornar mais tarde referência de estudo para todos no âmbito jurídico e que o transformou na principal figura do positivismo jurídico, estamos falando da “Teoria Pura do Direito”.

Em sua obra, Kelsen pretendia separar o estudo do direito das especulações filosóficas e sociológicas e principalmente do Direito Natural, que para ele seriam formas de distração da área jurídica. Ou seja, ele tinha o objetivo de produzir uma teoria “pura” do direito e para isso tinha como objeto de estudo apenas o direito, a norma jurídica em si, como ele mesmo assevera logo no início de sua obra:

“Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.”

Para Kelsen o direito é exclusivamente um conjunto de normas jurídicas e estas unidas formam um sistema jurídico que têm o mesmo fundamento de validade, nas suas palavras *“Uma ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade”*.

Pode-se inferir que o direito é um sistema jurídico de normas que estão interligadas entre si e que têm sua existência relacionada à norma fundamental de todo um ordenamento jurídico. Portanto, as normas jurídicas devem ser estudadas levando-se em consideração o sistema ao qual pertencem, nunca uma norma deve ser analisada de maneira isolada, é importante interpretar as leis sempre em conformidade ao ordenamento jurídico ao qual elas fazem parte, de modo a evitar conflitos.

Em sua teoria, Kelsen faz a análise de que o “fundamento de validade” das demais normas de um ordenamento jurídico nada mais é do que uma norma superior a todas daquele sistema, uma norma anterior que deu origem as demais, ou seja, esta é a mais importante, e por isso foi designada como norma fundamental “Grundnorm”. A partir deste ponto torna-se claro a ideia de hierarquização das normas.

“A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.”

Costuma-se utilizar a pirâmide como uma metáfora explicativa para detalhar melhor o esquema gradual ou escalonado das normas, assim como Maslow usou na psicologia ou até mesmo no caso da pirâmide alimentar, portanto, a figura geométrica da pirâmide serve apenas de instrumento elucidativo para melhor entender a forma como estão dispostas as normas de acordo com o grau hierárquico de cada uma.

Pode-se afirmar então que essa hierarquia normativa regula todo o sistema jurídico, de modo que este venha funcionar em sua concretude, evitando assim o conflito entre normas de escalas diferentes, de modo que uma norma inferior não venha se opor a uma norma superior, ou seja, as normas fundadas (inferiores) sempre retiram seu fundamento de validade de uma norma fundante (superior).

Desse modo, a pirâmide Kelseniana está baseada no princípio da hierarquia das normas, e de acordo com esse escalonamento, as normas jurídicas estão dispostas na seguinte ordem: Constituição, Emendas constitucionais, leis, decretos e resoluções. Dispostas da seguinte forma:



Seguindo esse modelo piramidal imposto por Kelsen, temos a Constituição em seu topo, por se tratar da norma mais preciosa dentro de um Estado de direito. Desse modo, as demais normas retiram o seu fundamento de validade dela, ou seja, uma norma para ter validade e eficácia, deve estar de acordo com os princípios constitucionais. Daí se tem o princípio da supremacia da Constituição dentro do ordenamento jurídico, pelo fato de ser a norma acima de qualquer lei, e por isso, as normas que estão abaixo da Constituição são chamadas de leis infraconstitucionais.

“a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.”

Pode-se compreender, portanto, o grau de importância da Constituição para o ordenamento jurídico, pois, as demais normas, chamadas infraconstitucionais, têm o seu fundamento de validade na Carta Magna. Por isso o que está disposto no texto constitucional tem uma segurança

jurídica mais elevada que qualquer outra lei, pois são as disposições constitucionais que orientam todo o sistema jurídico.

4. Os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser definidos como um conjunto de direitos conquistados ao longo dos tempos, graças aos avanços da sociedade jurídica, e hoje positivados em leis, trata-se de direitos inerentes aos indivíduos e essenciais a dignidade da pessoa humana. Juntos formam valores universais, que obrigam o Estado de protegê-los.

No ordenamento jurídico pátrio os direitos fundamentais encontram-se na Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu Título II, e como está disposto no caput do art. 5º da referida, estes direitos devem ser aplicados a todos os indivíduos, independente de cor, raça, ou gênero, ou seja, sem distinção de qualquer natureza.

Há uma confusão no estudo dos direitos fundamentais, pois estes trazem muitas semelhanças com os direitos humanos, entretanto, observar-se que estes se encontram em um plano internacional, mas sem força normativa, enquanto aqueles já encontram-se positivados e, portanto, aplicam-se a um Estado de direito.

Tais direitos permitem que os indivíduos possam ter uma vida digna, e por isso carecem de uma proteção maior por parte do Estado. Mas, eles não nasceram todos de uma vez, e nem de forma pacífica, foram conquistados pouco a pouco ao longo da história de várias revoluções. Bem como ressalta Norberto Bobbio:

“os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e em de uma vez por todas.”

Os direitos fundamentais são frutos de lutas e movimentos sociais, portanto foram conquistados e consolidados ao longo do tempo. Tais

conquistas ocorreram de maneira gradual e progressiva em consequência das transformações sociais no passar da história. Justamente pelo fato desses direitos não terem nascido ao mesmo tempo é que a doutrina constitucional costuma dividi-los em gerações ou dimensões de direitos.

Os direitos da primeira dimensão são relativos à liberdade individual, são primordiais, e por isso na ordem cronológica são os primeiros a serem conquistados, são reconhecidos como direitos individuais ou negativos, pois se relacionam a luta pela liberdade dos indivíduos ante as amarras do Estado.

O surgimento deles tem grande influência das revoluções liberais, principalmente da Revolução Francesa, que tinha como um de seus objetivos a luta por um Estado Liberal frente ao Absolutista. Nela a burguesia lutava por uma limitação dos poderes absolutos do rei e para que as liberdades individuais fossem direitos invioláveis.

Portanto os direitos de primeira geração são aqueles relacionados a liberdade individual, por isso são chamados de negativos, pois obrigam o Estado a obrigações de não fazer, apenas respeitar o exercício pleno desses direitos. Pode-se citar como exemplo, a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV), a liberdade de consciência e de crença (art.5º, VI), a liberdade de locomoção (art. 5º, XV), todos elencados no artigo 5º da CF/88.

Por conseguinte, os direitos de segunda dimensão estão ligados ao princípio da igualdade e da coletividade, são definidos como direitos positivos, visto que exigem a atuação do Estado para a concretização dos mesmos. Nascem justamente com a queda do Estado liberal e a ascensão do Estado de Bem-Estar Social.

O marco histórico do surgimento deles foi a Revolução Industrial (séc. XIX), pois destacou as desigualdades e a luta entre classes, como no caso, a luta do proletariado contra a burguesia buscando melhores condições de vida e de trabalho. Nesse contexto, deve-se ressaltar a Constituição de Weimar, em 1919 na Alemanha, e o Tratado de Versalhes, em 1919 pela

OIT, como documentos que positivaram os direitos sociais, e foram muito importantes para a consolidação de tais direitos ao redor do mundo.

Contudo, observa-se que os direitos de segunda geração são todos aqueles relativos à igualdade, são os direitos sociais, culturais, econômicos e políticos. Eles são considerados direitos positivos, pois intimam o Estado a uma obrigação de fazer, pois é dever do Estado garantir a igualdade entre os indivíduos. A exemplo deles tem-se o direito a educação, ao lazer, a moradia, a saúde, a segurança pública, ao direito dos trabalhadores e a previdência social.

Já os direitos de terceira dimensão são aqueles relacionados a fraternidade e a solidariedade, que se preocupam com a comunidade em geral, com as gerações humanas do presente e do futuro, distanciam-se de interesses individuais, tanto que a titularidade desses direitos é difusa e coletiva.

São direitos transindividuais que têm por objetivo primordial a proteção do gênero humano de maneira coletiva. Por exemplo, o direito ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, etc.

Por conta dos avanços tecnológicos e pelos movimentos sociais, alguns doutrinadores defendem a existência e uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, embora ainda não consolidada, estes direitos tratam da ascensão das tecnologias, da robótica, da manipulação genética, da biotecnologia, entre outros.

Devido a sua relevância para a proteção da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais têm algumas características que valem a pena ser destacadas. A priori, é válido ressaltar a historicidade de tais direitos, como visto anteriormente, eles não nasceram do nada, e nem foram criados todos de uma vez, foram surgindo ao longo de um gradual e lento processo histórico de grandes lutas e conquistas e progressivamente foram respondendo aos anseios de cada sociedade. Para alguns doutrinadores, a ideia de historicidade dos direitos fundamentais relaciona-se também ao princípio do não retrocesso social, gerando o pensamento de que tais

direitos devem sempre caminhar para frente e nunca perder aquilo que já foi conquistado.

Adiante, pode-se dizer que os direitos fundamentais são universais, pois a titularidade pertence a todas as pessoas, independente de cor, raça, credo, origem, gênero, etc. Pois tais direitos estão intimamente ligados à própria condição humana.

Outra característica importante é a imprescritibilidade, visto que os direitos fundamentais podem ser exercidos em qualquer período de tempo, não sujeitando-se a nenhum prazo de prescrição, ou seja, eles não se perdem com o tempo e podem ser exercidos em qualquer período.

Os direitos fundamentais são irrenunciáveis por isso os indivíduos não podem abrir mão deles pois fazem parte de sua própria existência humana. Pode-se dizer também que os direitos fundamentais são indivisíveis, desse modo eles não podem ser analisados de maneira isolada, de modo que o ataque a um deles, representa um atentado a todo o conjunto. Os direitos fundamentais são inalienáveis, portanto, é impossível a disposição desses direitos, não podendo serem objeto de venda, troca, doação ou empréstimo.

Contudo, pode-se compreender a importância que têm os direitos fundamentais para o indivíduo, o pleno exercício deles é a principal maneira de se alcançar a tal dignidade da pessoa humana pregada em todo o texto constitucional e implícito em outras normas. Para a devida concretização deles é extremamente relevante que o Estado reconheça e positivete tais direitos, permitindo assim o exercício e gozo, além de gerar a proteção jurídica que tais preceitos carecem.

5. A relação da constitucionalização dos direitos fundamentais com a pirâmide de Kelsen

Hans Kelsen em sua tese da hierarquização das normas, elucida-nos o modo como o ordenamento jurídico funciona, sempre com normas inferiores tendo fundamento em normas superiores, prosseguindo essa escala até se chegar à norma máxima do ordenamento, a Constituição.

Devida à importância desse diploma, Kelsen a colocou no ápice da pirâmide normativa, por se tratar da norma suprema do Estado, aquela que contém todos os princípios e fundamentos que guiarão os rumos da sociedade, a mesma é o fundamento de validade para as demais normas e que não pode ser contestada por nenhuma outra, de acordo com o princípio da supremacia da Constituição.

“A Constituição passa ser o parâmetro para a elaboração de todos os demais atos normativos estatais, devendo estes respeitar os princípios e regras nela traçados e o próprio processo constitucionalmente previsto para sua elaboração, sob pena de incorrer-se em insanável vício de inconstitucionalidade. Havendo confronto entre norma ordinária e texto constitucional, tanto do ponto de vista formal (respeito ao processo legislativo) quanto do material (compatibilidade com o conteúdo das normas constitucionais), deverá ser declarada a nulidade da norma inferior, em respeito à supremacia da Constituição.”(PAULO E ALEXANDRINO, 2012, p. 756).

Por isso que o diploma constitucional precisa de um processo para edição de seu texto mais específico e mais exigente do que as outras leis ordinárias, por exemplo, para que não venha ocorrer de uma lei infraconstitucional derrubar preceitos estabelecidos na Constituição, de modo a dar uma segurança jurídica maior para as disposições constitucionais, nas palavras de Kelsen:

“Com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir. E eficaz quando pelo estabelecimento de tais leis - v. g., leis que violem a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou a igualdade - se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa na criação dessas leis - chefe do Estado, ministros - ou existe a possibilidade de as atacar e anular. Tudo isto sob o pressuposto de que a simples lei não tenha força para derogar a lei constitucional que determina a sua produção e o seu conteúdo, de que esta lei somente possa ser modificada ou revogada sob condições mais rigorosas, como sejam uma maioria qualificada ou um quorum mais amplo. Quer isto dizer que a Constituição prescreve para a sua modificação ou supressão um processo

mais exigente, diferente do processo legislativo usual; que, além da forma legislativa, existe uma específica forma constitucional.”

No Brasil, a Constituição só poderá ser modificada através de emenda, que é a forma mais rigorosa, quando trata-se de processo legislativo dentro do ordenamento jurídico pátrio, e as regras desse procedimento estão dispostas em seu artigo 60.

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. (...)”

Ainda é notório perceber que o legislador fez uma menção sobre os direitos e garantias individuais, no § 4º, IV do mesmo artigo.

”§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

Além deste processo mais rígido para edição de suas normas, a constituição ainda goza das ações de controle de constitucionalidade, que são medidas previamente estabelecidas no próprio texto constitucional, para verificar a compatibilidade de atos normativos com os princípios constitucionais.

A competência para julgar as ações dessa natureza pertence ao próprio STF, conhecido como “guardião da constituição”, de acordo com o art. 102, *caput*, da CF/88.

Portanto, os direitos fundamentais nasceram e se consolidaram através de conquistas sociais históricas, que buscavam sempre combater a opressão do Estado frente ao indivíduo. Por isso, deve-se sempre evitar o retrocesso de tais direitos, de modo que são necessárias medidas que busquem assegurar e garantir o exercício dos mesmos.

A principal forma de garantir isso é dando a segurança jurídica que tais direitos carecem. Baseando-se no princípio da hierarquia das normas, nada mais justo do que colocar direitos de tamanha relevância positivados na norma superior do ordenamento jurídico.

6. Considerações Finais

Contudo, é válido ressaltar a importância do princípio da hierarquia das normas para a constitucionalização dos direitos humanos. Pois, partindo desse princípio torna-se fácil compreender o ordenamento jurídico em qualquer Estado de Direito, pois as normas não estão postas lado a lado no sistema, elas estão dispostas em uma pirâmide divididas em escalas hierárquicas, onde normas inferiores devem respeitar as normas superiores.

E no topo dessa pirâmide fica a Constituição, a norma mais importante do estado, aquela que serve de fundamento para todas as outras. Seguindo esse pensamento, a constituição é onde devem estar dispostos os princípios e os direitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento.

Por isso, dada importância dos direitos fundamentais, para a sociedade como um todo, graças a todas as lutas e avanços sociais até a conquista dos mesmos e devido a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana pode-se concluir que o poder constituinte originário acertou ao colocar esses direitos como disposições constitucionais, pois

protegeu os direitos básicos dos cidadãos de leis que pudessem levar a violação de tais direitos.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992;
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015;
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014;
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2 ed. Ver. Coimbra: livraria Almeida, 1988;
- FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. STF: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade_teorias_gerais_dos_direitos_fundamentais.pdf;
- HESSE, Konrad. **Significado dos Direitos Fundamentais**. In: **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009;
- JUNIOR, Joesito Moura do Amaral Padilha. **O CONCEITO DE DIREITO NA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN**. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2007;
- KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria Pura do Direito** / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998;
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16. Ed. Saraiva, 2015;
- PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014;
- PESTANA, Barbara Mota. Direitos fundamentais: origem, dimensões e características Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 mar 2020;

PIOVESAM, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Territorialidade e “desterritorialização”: (re)existência das comunidades quilombolas Carrapiché e Prachata do Bico do Papagaio

*Juno Brasil Custódio de Souza*¹

*Márcia da Cruz Girardi*²

1. Introdução

A colonização/exploração da Amazônia sempre foi palco de fatos de violência e conflitos agrários gerados na disputa pela terra, entre camponeses, fazendeiros, posseiros e grileiros. E seu desenvolvimento socioeconômico ocorre com o poder hegemônico do Estado na economia, através do planejamento macrorregional, no intuito de integração da Amazônia, consentindo a exploração maléfica de seus recursos naturais. Ainda predominante nos dias atuais sob a denominação de “agronegócio”, que se apropriam das terras das comunidades tradicionais, como as

¹ “In memoriam” Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins.

² Doutora em Função Social do Direito pela FADISP (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo) (2015 - 2018). Mestre em Administração pela Fead- Faculdade de Estudos Administrativos (2012-2014) . Especialista em docência em ensino superior, direito do trabalho e processo do trabalho, graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes -RJ. , Atualmente é professora dos cursos de Direito da atual Wyden Facimp (facimp- ministrando aulas no curso de direito desde fevereiro de 2005) , da Faculdade de Educação Santa Terezinha desde abril de 2005. , Da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA) desde agosto de 2009 e professora da Universidade Estadual do Tocantins UNITINS (Fevereiro de 2018 até dezembro de 2018), é Professora de Pós-Graduação da UNITEC e da INESPO, é palestrante na área do direito e áreas afins. Foi procuradora do município de Imperatriz (2000-2008), Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público e Privado. É advogada desde 1999 serviços advocatícios voltados para área trabalhista. Pesquisadora CNPQ. Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - “Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais”. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão.E-mail:marciagirardi@hotmail.com

comunidades quilombolas Carrapiché e Prachata do Bico do Papagaio, dificultando o acesso das mesmas aos seus direitos constitucionais e às políticas públicas, ocasionando em suas “desterritorializações”.

Diante desse cenário surge a região do Bico do Papagaio, que abrangia o antigo norte do estado de Goiás, hoje extremo norte do estado do Tocantins, consistindo como o portal de entrada da Amazônia legal. A sua formação histórico-geográfica se ocasionou na metade do século XX, quando na época da ditadura militar, nas décadas de 60-70, a região do Bico do Papagaio foi palco da “Guerrilha do Araguaia” e da exploração hegemônica fomentada pelo Estado.

Desde o século XIX, com o incremento da pecuária na região do Bico do Papagaio, composta pelos estados do Pará, Maranhão e Norte do Goiás (hoje Tocantins), um grande número de africanos expulsos do estado do Maranhão pelos fazendeiros, se abrigaram nos cerrados e florestas dessa região, à procura de terras férteis e livres para a agricultura e pecuária de subsistências, que originaram algumas comunidades quilombolas. Dentre elas, a Prachata e a Carrapiché, nos municípios de Esperantina, extremo norte do estado do Tocantins, que ainda (re)existem, diante dos conflitos agrários, ocasionados pela omissão do Estado.

O direito do território aos remanescentes quilombolas é designado pela Constituição Federal de 1988, no artigo 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que estabelece: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos” (BRASIL, 2014).

Esse reconhecimento jurídico dos quilombos no Brasil, adquiridos com luta e (re)existências dessas comunidades tradicionais, concebe uma delimitação histórica na percepção das diferenças etnoculturais da sociedade. Constituindo que a história da democracia racial ocultou durante séculos as angústias da escravidão, ocasionando avarias nas identidades culturais afrodescendentes. Entretanto, mesmo depois de mais de 30 anos desses direitos constitucionais alcançados, a maioria das comunidades

quilombolas tem apenas o reconhecimento certificado pela Fundação Palmares, sem efetivação das políticas públicas, permanecendo em constantes conflitos agrários com fazendeiros, “posseiros” e grileiros, que invadem e se apossam de seus territórios, como no episódio das comunidades quilombolas Carrapiché e Prachata do Bico do Papagaio, que ocasionam em suas “desterritorializações”.

Destarte, a motivação desta pesquisa foi provocada com a finalidade de ponderar acerca das lutas de (re)existências dessas comunidades, pelo território, territorialidade e dinâmicas de políticas públicas, asseguradas pela Constituição de 1988 e leis infraconstitucionais. De tal modo, procuramos impetrar este estudo através de uma pesquisa qualitativa através de estudos bibliográficos, em documentos, legislação vigente, livros, revistas especializadas, teses e artigos científicos de autores que cingem acerca desse objeto. E por meio de uma visita realizada nessas comunidades, em 21 de março de 2019, onde ouvimos alguns relatos de remanescentes quilombolas, com a proposição de refletir e debater sobre essa temática.

Deste modo, como fundamentação a essa discussão textual, o primeiro tópico deste artigo traz algumas referências teóricas acerca do território e territorialidade das comunidades quilombolas. E no segundo tópico fizemos uma breve apresentação da formação da região do Bico do Papagaio, mais especificamente sobre o município de Esperantina, no extremo norte do estado do Tocantins. Em seguida inferimos uma abordagem sobre as territorialidades, “desterritorializações” e as dinâmicas de políticas públicas nas comunidades quilombolas Carrapiché e Prachata do Bico do Papagaio, embasadas no artigo 68, do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), decretos que o regulamentam, com referencial teóricos e relatos de remanescentes dessas comunidades.

2 Território e territorialidade das comunidades quilombolas

Rafesttin (1980, p.143-145) assinala que o território não é o espaço, mas que se constitui a partir dele, em decorrência de uma ação

programada e intencional de projeção espacial de trabalho por um agente, que numa relação de poder se apropria do mesmo e o "territorializa", conforme suas intenções de uso desse espaço. O que corrobora Haesbaert (2007), salientando que a noção de território não se diz respeito somente à materialidade do espaço, porquanto não existe território exterior às relações sociais.

Para Haesbaert (2005), o território deve ser contemplado sob três concepções: jurídico-política (um espaço delimitado e controlado pelo poder político do Estado); culturalista (produto da apropriação simbólica de um grupo sobre seu espaço) e econômica (luta de classes, relações de capital-trabalho e de produção-consumo), que devem ser interrelacionadas e integradas, através da perspectiva da dinâmica e fluidez dos territórios, em que há uma relação do território como um “espaço-tempo vivido”, determinado a partir das relações de poder, que se materializam e produzem contradições, solidariedade e conflitos.

O que reforça Souza (2009), comparando o território a um “campo de força”, que segundo ele, devido a necessidade de sobrevivência e desenvolvimento das atividades humanas, homens e mulheres, com o intuito de utilização, delimitação, definição e ressignificação, se apropriam de determinado espaço numa relação de poder (dimensão das relações sociais), sendo o território a expressão espacial dessa relação social. E assinala que: “A existência do território é impossível e inconcebível sem o substrato espacial material, da mesma maneira que não se exerce o poder sem contato com e referência à materialidade em geral [...]” (SOUZA, 2009, p.66), e acrescenta que, contudo, o território não é convertido ao substrato e nem mesmo deve ser confundido com ele.

Enquanto que para Little (2004, p.3), o território seria, “um produto histórico de processos sociais e políticos”, e define a territorialidade, em termos antropológicos, como, “o esforço coletivo de um grupo social para ocupar, usar, controlar e se identificar com uma parcela específica de seu ambiente biofísico, convertendo-a assim em seu território”.

No território, convivem afinidades de (re)produção, de solidariedade e de identidade em processos contínuos e transformadores, como um processo de formação das relações socioculturais e econômicas, que baliza essa coletividade. Nessa perspectiva, o território é uma das camadas basilares para a abrangência e a alteração sobre identidade e direito social, sendo um dos mais dinâmicos formadores de identidade e de reprodução social.

Para Saquet (2009), a territorialidade nos indivíduos ou nos grupos sociais é influenciada por vários aspectos do próprio território, como por exemplo, a cultura, a política, a economia e o meio ambiente. E que as diversas territorialidades existentes no mesmo território são construídas por pessoas que concebem os recursos territoriais de maneiras distintas.

Segundo Little (2004, p.3), a definição de territorialidade, em termos antropológicos é: “o esforço coletivo de um grupo social para ocupar, usar, controlar e se identificar com uma parcela específica de seu ambiente biofísico, convertendo-a assim em seu território”. Isto é, nessa concepção, o território seria uma obra histórica de procedimentos sociopolíticos, o que conforme a legislação brasileira é direito constitucional dos remanescentes quilombolas. Portanto, a partir dessa concepção, o território quilombola além do uso do espaço geográfico, é também o instrumento de poder e valorização simbólica, de luta e (re)existência, com vínculo sociopolítico à ressignificação criada e perpetuada culturalmente por meio da territorialidade, como pertencimento às identidades culturais de seus ancestrais e de seus direitos às políticas públicas.

3 Territorialidades, “desterritorializações” e políticas públicas nas comunidades quilombolas Carrapiché e Prachata

De acordo com informações da Fundação Cultural Palmares-FCP, (2018), responsável pela promoção e preservação da arte e da cultura afro-brasileira como patrimônio nacional, hoje em dia, no Brasil procedem 2.777 comunidades quilombolas certificadas. Dentre elas, 45 comunidades

circunscritas de norte a sul do Estado do Tocantins, das quais 3 se situam no município de Esperantina-To: Comunidade Quilombola Castanheira Ciriáco, Comunidade Quilombola Carrapiché e Comunidade Quilombola Prachata, e, embora, se constituam em suas dinamicidades, com algumas características distintas uma das outras, mas possuem semelhanças em suas origens.

Todavia, antes de abordarmos sobre as territorialidades e “desterritorializações” das comunidades quilombolas Carrapiché e Prachata, perante a ausência de políticas públicas, se faz necessária uma breve reflexão acerca da formação da região do Bico do Papagaio, que sempre foi palco de violências e conflitos agrários.

Conforme Estevam (1997, p.11), as regiões são partes integrantes da performance genérica da dinâmica capitalista brasileira, porém, os agentes transformadores, em cada parcela do território nacional se formaram distintamente, em razão de suas particularidades temporais, espaciais e institucionais, ou seja, a formação de cada região ocorre pela interação do movimento dos eventos nacionais com a realidade específica da mesma.

De acordo com Saquet (2009, p. 83), “A territorialização é resultado e condição dos processos sociais e espaciais, significa movimento histórico e relacional”, diante dessa concepção, vale ressaltar que a região do Bico do Papagaio, possui uma associação histórico-relacional permeada pela colonização/exploração da Amazônia.

O incremento socioeconômico do poder hegemônico do Estado, na época da ditadura militar, com o planejamento macrorregional, de integração da Amazônia, sob o slogan nacionalista: “Integrar, para não entregar”, na época da guerrilha do Araguaia, que transformara essa região numa arena central de violência e conflitos agrários acendidos na disputa pela terra, entre campesinatos, fazendeiros, posseiros e grileiros, consentindo a exploração sinistra de seus recursos naturais, ainda prevalecem na atualidade, com a designação de “agronegócio”, que se apoderam das terras das comunidades tradicionais.

Aponta Estevam (1997, p.24) *apud* Almeida (2010, p.2), que a estruturação territorial da região do Bico do Papagaio se iniciou a partir do século XVIII, ocasionada com a exploração das minas de ouro no norte do Goiás (atual Tocantins), descobertas entre 1725 e 1731, que persistiu no decurso desse século. E que durante essa exploração aurífera se formaram os primeiros arraiais na região, com o assentamento de mineradores da Bahia, Maranhão, Pará e Piauí.

Segundo Estevam (1997, p.41), no início do século XIX, as minas auríferas de Goiás entraram em declínio, que se sucederam no comércio, com uma produção escassa nas minas de ouro do extremo norte do estado (atual norte do Tocantins). E diante do alto custo de manutenção, alguns proprietários de escravos libertaram e/ou abandonaram parte de seus cativos.

A alternativa encontrada foi a agricultura e pecuária de subsistências, com incentivo do próprio Governo, que promoveu isenção de dízimos, suspensão de medidas de proibição da navegação fluvial, e outras isenções.

Com uma transição geográfica entre os biomas Cerrado/Amazônia, ladeado pelos rios Tocantins e Araguaia, que serviam de integração da economia com outras regiões do país, constituindo o rio Tocantins como a principal via de comunicação, a região do Bico do Papagaio, abalizada pelo parco emprego de técnicas rudimentares e a preponderância da mão de obra familiar, se impulsionou na exploração rural, com predominância da pecuária extensiva e lavoura de subsistência.

De tal modo, à procura de terras férteis e livres para subsistir, ocorreu a migração de diversas famílias para a região do Bico do Papagaio, que se evadiram da seca no Nordeste e de outras regiões, ex-escravizados e outros que foram deixados nas minas abandonadas, com resistência ao preconceito e a exclusão social, se uniram para a criação de quilombos, como meio de preservação de sua cultura, princípios, valores e identidade cultural. Assim, surgiram as comunidades quilombolas do Bico do Papagaio, com suas lutas e (re)existência de permanência nas terras herdadas

de seus ancestrais, com manutenção de seus aspectos etnográficos quanto aos saberes tradicionais e aos territórios simbólicos e ambiental.

Após décadas de lutas, mobilizações e (re)existência, as comunidades quilombolas do Brasil conquistaram o direito ao território, à territorialidade e de políticas públicas, com respeito às suas histórias identitárias e aos seus saberes culturais designados no processo de redemocratização brasileira, a partir da Constituição Federal de 1988 e através das leis infra-constitucionais, como um direito dos remanescentes quilombolas e um dever do Estado.

O'Dwyer (2002), adverte que o conceito clássico de quilombo, como de grupos isolados, de negros fugitivos, tem caído em desuso na literatura especializada, como também no âmbito jurídico, porquanto, ainda que tenha um contexto histórico, o termo “quilombo” tem sido “ressemantizado”, como desígnio da atual situação dos distintos segmentos negros em diversas regiões e contextos do Brasil, como grupos de práticas cotidianas dinâmicas, de (re)existência na manutenção e reprodução de seus modos característicos de vida coletiva, com relações solidárias e respeito ao meio ambiente.

O que sustenta Sarmiento (2006), assinalando que a luta dos remanescentes quilombolas se abaliza na terra, que é para eles, mais do que uma moradia, porquanto, se estabelece como um elo de manutenção da ancestralidade com preservação de seus valores étnicos e práticas culturais.

E elucida Treccani (2006, p.81), que a introdução do artigo 68, no ADCT é fruto de lutas e mobilizações do movimento Frente Negra Brasileira, que ponderava a escravidão negra como “um processo inacabado” e que o Estado Brasileiro precisaria compensar a “dívida” que continha com os negros ex-escravizados e seus progênitos.

A regulamentação desse dispositivo constitucional se efetiva por meio do Decreto nº 4.887/2003, com o estabelecimento dos remanescentes quilombolas como grupos étnico-raciais, com critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, atribuídos de relações territoriais específicas,

com presunção de ancestralidade negra que sofreram à opressão histórica da escravidão, atestadas por meio da autodefinição da própria comunidade.

E o Decreto nº 6.040/2007, art. 3º, inciso I, institui que os povos e comunidades tradicionais são grupos de pessoas que apresentam aspectos próprios de organização social, culturalmente distintos e que se identificam como tais, “[...] que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (BRASIL, 2007).

Desse modo, as comunidades quilombolas, Carrapiché e Prachata, são povos camponeses, étnico-raciais, com culturas específicas, que se autorem conhecem como remanescentes quilombolas e se situam no bioma Cerrado/Amazônia, à margem esquerda do rio Tocantins, na região do Bico do Papagaio, município de Esperantina, no extremo norte do estado do Tocantins, onde convivem de forma coletiva, com utilização de seus territórios como meio de subsistência e práticas culturais, com reprodução das memórias de seus ancestrais, como significados de suas identidades culturais.

Conforme relatos de remanescentes da Comunidade Quilombola Carrapiché, por meio de nossa visita à mesma, em 21 de março de 2019, e, também compreendidos no caderno da Cartografia Social (PNCS, 2014, p.13-14), a comunidade teria se originado em meados do século XX, na década de 70, com a ida para a localidade, do patriarca da comunidade, Antonio Mendes da Silva, conhecido como Carrapiché, que seria natural de Marabá (PA), nascido em 8 de junho de 1911, filho de pais escravizados, oriundos de Caxias (MA).

Carrapiché atuava como pescador, caçador, nas extrações de borraça e castanha-do-Pará e piloto de barco nos rios Tocantins e Araguaia, fixando moradia com sua família às margens do rio Araguaia, no município de São João do Araguaia (PA). Mas, com a crescente exploração rural de terras férteis para pastagens na região, por latifundiários e grileiros, na

década de 1970, foram expulsos de suas terras e se mudaram para a margem esquerda do rio Tocantins, onde hoje se situa o município de Esperantina (TO), na região do Bico do Papagaio, distante cerca de 14 km da sede municipal e 680 km da capital, Palmas.

Narram ainda os remanescentes quilombolas carrapichés, que na década de 70, quando seus progenitores tomaram posse dessa terra, ela media cerca de 50 alqueires, mas dada a demora da titulação das terras pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra, a área foi invadida por grileiros, restando apenas um lote de alguns hectares, demarcado como área de assentamento rural, pelo Incra.

Fato legitimado por Sarmiento (2006), com a advertência de que o Poder Público tem sido moroso na propositura das ações expropriatórias pertinentes ao artigo 68, do ADCT, por diversos motivos: “[...] que vão da escassez de recursos financeiros para o pagamento das indenizações, até a demora excessiva nos procedimentos administrativos tendentes à identificação das comunidades de remanescentes de quilombos e à demarcação dos respectivos territórios étnicos” (SARMENTO, 2006, p.2).

Atualmente esse lote de terra, com poucos hectares, é o território da Comunidade Quilombola Carrapiché, nome dado em respeito ao patriarca da comunidade, onde hoje vivem coletivamente, por volta de 10 famílias, com mais ou menos, 60 pessoas, em sua maioria jovens e crianças, que habitam em casas construídas na sua maior parte, de taipa, tábuas e cobertas com palhas de coco babaçu, próximas ao rio Tocantins, com uma pequena igreja, em que celebram no 4º domingo do mês de julho, o festejo do Divino Espírito Santo, quando dançam a súa e praticam outros eventos típicos dos remanescentes quilombolas da região.

Possuem também, um pequeno porto às margens do rio Tocantins, com canoas feitas de madeiras, que servem à atividade pesqueira. A área que residem é circundada de babaçuais e embaúbas, onde cultivam a pesca e lavoura de subsistência, com produção de arroz, banana, laranja, feijão, mandioca, manga, milho, e outros produtos, com utilização dos recursos naturais para a reprodução ancestral de sua subsistência, práticas

culturais e (re)existência de sua territorialidade. Porém, protestam sobre a falta de políticas públicas concernentes à comunidade, em essencial, as de incentivo à produção agrícola e à educação.

A Comunidade Quilombola Prachata, também localizada na região do Bico do Papagaio, no município de Esperantina, igualmente a comunidade dos remanescentes carrapichés, também é formada por cerca de 10 famílias, em torno de 70 pessoas e do mesmo modo, composta em sua maioria por jovens e crianças. Entretanto, possui uma característica bem distinta das outras, pois se situa numa área de vazante, (terras temporariamente alagadas nas épocas de chuvas), localizada numa ilha próxima à margem esquerda do rio Tocantins, o que obriga aos seus membros, a migração para os centros urbanos nas épocas de alagamento.

Segundo relatos da jovem líder remanescente dessa comunidade, Cleudiane Rodrigues de Sousa, a Cleudiane Prachata, em visita nossa à localidade, em 21 de março de 2019, e referenciados no caderno da Cartografia Social (PNCS, 2014, p.2-4), a Comunidade Quilombola Prachata é uma das mais antigas da região, que se originou, no fim do século XIX, quando por volta de 1880, seu tataravô, Lucas Rodrigues, que era escravizado numa fazenda, em Minas Gerais, fugiu da mesma com sua esposa Tereza e sua filha Maria, indo habitar onde é hoje o município de Praia Norte (To), atuando com batelões (barco a remo usado para comercialização e transporte de mercadorias), na extração de castanha-do Pará, no rio Tocantins.

Cleudiane Prachata conta ainda, que a origem do nome “Prachata”, sobreveio quando em 1926, seus antepassados José Prachata e Manoel Prachata, que moravam na localidade conhecida como Jatobá, foram habitar na ilha, onde se situa hoje a comunidade, que devido ao seu formato plano, naquela época era denominada de “Praia Chata”, mas seus progenitores acharam o nome estranho e a nominaram como “Prachata”, que acabou sucedendo na alcunha de seus familiares. Portanto, a comunidade se autodenomina Prachata, em referência aos seus ancestrais.

Quanto ao território da comunidade, a remanescente quilombola, explica que a área habitada por seus antecedentes era muito vasta e propícia à agricultura e à pecuária, por isso sempre foi muito disputada por grileiros, mas seus antepassados resistiam firmes no domínio da posse da ilha, onde as primeiras árvores frutíferas, ainda existentes na localidade, foram plantadas por seus ancestrais, como coco babaçu, bacuri, murici, cajazeira e outras que os animais espalharam as sementes expandindo a flora da ilha.

Ainda segundo Cleudiane Prachata, sua comunidade se mantinha essencialmente da pesca no rio Tocantins e lagos locais. Contudo, os peixes ficaram escassos devido aos impactos ambientais causados pelo homem e pelo “agronegócio”, com inviabilidade dessa atividade. E que além da pesca, eles subsistiam da criação de animais, como bode, aves, algumas cabeças de gado; cultivo de hortaliças, feijão, arroz, melancia e abóbora, plantadas no período do verão amazônico (período de estiagem), dada a terra ser de vazante, mas que atualmente a praia (banco de areia formado na margem) se estendeu muito e as águas não banham mais a terra, impedindo o cultivo desses produtos, ficando a mercê das políticas públicas do Estado, para a instalação de um sistema de irrigação na área da comunidade e poder retornar às atividades desses cultivos.

Deste modo, a exemplo, desse planejamento macrorregional sob a denominação de “agronegócio”, citado anteriormente, temos hoje o MATOPIBA, que resulta do acrônimo instituído com as iniciais dos estados do Maranhão, Tocantins, Piauí e Bahia, o qual delinea a região de Cerrado, com a ascensão da produção agropecuária, grãos e fibras, consistindo na mega fronteira agrícola nacional da atualidade. E segundo dados do GeoMATOPIBA/Embrapa (2020), até o ano de 2018, o município de Esperantina-To, produzia 25 tipos de produtos agropecuários, todavia, as comunidades quilombolas Carrapiché e Prachata são excluídas dessas políticas públicas.

“O mesmo Estado que garante é o mesmo que dificulta e cria uma série de problemáticas, para que os processos se arrastem por anos a fio.

Além do artigo 68, outros Decretos foram criados, na perspectiva de que as terras quilombolas fossem regularizadas, como determinava a Carta Magna” (MIRANDA, 2013, p. 268).

Em conformidade com a autora, a implementação da legislação aos remanescentes quilombolas Prachatas, ainda não chegou à comunidade, como podemos ver na exposição da líder quilombola, onde assinala que a área herdada de seus ancestrais, abonada pela demora na titulação da terra pelo Incra, e, devido ser fértil e com pastagens naturais, foi grilada para o “agronegócio”, com criação de gado, pelos proprietários da Tobasa bioindustrial de babaçu S/A, de Tocantinópolis-To, que com o passar do tempo, foi negociando com “invasores” que ocuparam toda a ilha, restando para a comunidade, apenas um pedaço de terra à margem do rio.

E quando chega o período das cheias, fica apenas um pedacinho no alto, onde permanecem umas poucas casas de madeira, cobertas de palhas do coco babaçu e a criação de poucas cabeças de gado, bodes e aves. Devido a essa situação, consiste na migração da maioria dos habitantes da comunidade para a área urbana do município, que somente no período de estiagem retornam à ilha, como (re)existência da manutenção de suas práticas culturais de remanescentes quilombolas, mas que devido a omissão do Estado quanto à efetivação dos seus direitos às políticas públicas, assegurados na legislação vigente, a dificuldade de manutenção de sua territorialidade e culturas ancestrais se torna num grande desafio, ocasionando em suas “desterritorializações”.

Segundo Haesbart (2005), a “territorialização” é concernente à proporção da extensão espaço-temporal das ações sociais e constituições simbólicas advindas em determinada área geográfica. E a “desterritorialização” é o deslocamento, a ruptura dessa adjacente de relações sociais e a perda do controle físico (domínio político-econômico) e das referências simbólicas (apropriação simbólico-cultural) sobre/a partir de seu território.

E enfatiza o autor que é na expansão social mais específica da “desterritorialização”, que esse termo abrange maior realização; “[...] pois

quem de fato perde o ‘controle’ e/ou a “segurança” sobre/em seus territórios são os mais destituídos, aqueles que se encontram mais “desterritorializados” ou/em termos mais rigorosos, mais precariamente territorializados” (HAESBAERT, 2007, P.20), como essas comunidades quilombolas do Bico do Papagaio, objeto deste estudo.

Ratts; Costa e Barbosa (2006) reiteram que essas “desterritorializações” têm acrescidas devido à ausência de políticas públicas que permitam o uso da terra de modo ativo à produção e permanência dos remanescentes quilombolas em suas comunidades. E que os deslocamentos prolongados dos habitantes das comunidades quilombolas, em busca de trabalho e educação nos centros urbanos, têm sucedidos em diversos problemas como; “a falta de local específico para moradia na zona urbana; o envolvimento com o cotidiano da cidade, que em muito se difere da área rural quilombola; o não-retorno para a comunidade; e o aumento da incidência de gravidez precoce entre as adolescentes” (PAULA, 2003 apud RATTS; COSTA E BARBOSA, 2006, p.319-320).

Deste modo, Miranda (2009) destaca que a posse da terra para os remanescentes quilombolas se constitui num instrumento de surgimento dos laços familiares e das relações sociais desenvolvidas em seu território, como fator de permanência na comunidade, que se consolida nas afinidades de trabalho e de sobrevivência. E são múltiplas as trajetórias, direções, ações e contradições que submergem a efetivação dos direitos constitucionais adquiridos pelos remanescentes quilombolas, se conduzindo em conflitos agrários e “desterritorialização” dos mesmos.

3 Considerações finais

As ponderações reveladas nesse artigo buscaram apostar acerca das territorialidades das comunidades quilombolas do Bico do Papagaio, quanto às dinâmicas de políticas públicas específicas referentes às comunidades quilombolas Carrapiché e Prachata, situadas no município de Esperantina-To, e como se mobilizam as lutas de (re)existência na

emancipação de suas territorialidades, em meio ao processo de “desterritorialização”, frente à legislação vigente.

Os direitos quilombolas ao território, territorialidade e políticas públicas de infraestrutura, incentivo agrícola e Educação Escolar Quilombola, impetraram grandes avanços, assegurados no artigo 68, do Ato das Disposições Transitórias Constitucionais e regulamentados na legislação vigente.

Contudo, diante dos nossos estudos alcançados no presente artigo, percebemos que as comunidades quilombolas Carrapiché e Prachata do Bico do Papagaio, apenas são certificadas como comunidades quilombolas, porém, são excluídas desses direitos constitucionais, gerando uma cadeia problemática quanto às suas territorialidades quilombolas, com um processo de “desterritorializações”, que incidem na carência da valorização étnica-racial de suas práticas culturais ancestrais e de sobrevivência em harmonia com o meio ambiente, mantidas com muita resiliência pela nova geração dessas comunidades, devido a inefetivação das políticas públicas asseguradas aos remanescentes quilombolas, ocorrendo no “desconhecimento” e “ilegitimação” da legislação em vigor, respectiva à territorialidade quilombola, que tem sido sustentada pelas ações de (re)existência dos membros dessas comunidades.

Referências

ALMEIDA, Rutileia Lima. **A formação territorial do Bico do Papagaio**. V Congresso de Norte-Nordeste de Pesquisa e Inovação - CONNEPI – 2010. Instituto Federal Alagoas-IFAL. ISBN 978-85-64320-00-0. Disponível em: <<http://connepi.ifal.edu.br/ocs/anais/>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria de Editoração e Publicidades, 2014. 113 p.

_____. Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: **Diário Oficial da**

União, 21 nov. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/2003/D4887.htm. Acesso em: 12 jan. 2020.

_____. Decreto nº 6.040 de 07 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**, 07 mai. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm>. Acesso em: 12 jan. 2020.

_____. Fundação Cultural Palmares. **Certidões Expedidas às Comunidades Remanescentes de Quilombos (CRQs) atualizadas até a portaria nº 316/2018 de 23 de novembro de 2018**. Disponível em: http://www.palmares.gov.br/?page_id=37551. Acesso em: 11 jan. 2020.

EMBRAPA. Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária. **GeoMATOPIBA**. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/1122591/geomatopiba-inteligencia-territorial-estrategica-para-o-matopiba>>. Acesso em> 28 jul. 2020.

ESTEVAM, Luis Antonio. **O tempo da transformação**: estrutura e dinâmica na formação econômica de Goiás. 1997. 180f. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, SP. Disponível em: <<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/285435>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

GONÇALVES, Paulo R. **O MATOPIBA e o desenvolvimento “destrutivista” do Cerrado**. s/d. Disponível em: <<http://www.apato.org.br/documentos/artigo04.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2020.

HAESBAERT, Rogério. Território e multiterritorialidade: um debate. Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro: **Revista GEOgraphia**, Ano IX, v. 9, n. 17, 2007. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/geographia/article/view/13531/8731>>. Acesso em 29 jul.2020.

_____. Da desterritorialização à multiterritorialidade. In: **Anais do X Encontro de Geógrafos da América Latina**. São Paulo: Universidade de São Paulo, mar. de 2005. Disponível em: <http://www.planificacion.geoamerica.org/textos/haesbaert_multi.pdf>. Acesso em 29 jul. 2020. p.6774-6792. 2005.

LITTLE, Paul Elliott. **Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil**: por uma antropologia da territorialidade. Anuário Antropológico/2002-2003. Rio de Janeiro:

Tempo Brasileiro, 2004: 251-290. Disponível em: <http://www.dan.unb.br/images/pdf/anuario_antropologico/Separatas%202002-2003/2002-2003_paullittle.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

MIRANDA, Carmélia Aparecida Silva. **Comunidades quilombolas do Brasil: desafios e perspectivas**. Cordis. Revoluções, cultura e política na América Latina, São Paulo, n. 11, p. 253-279, jul./dez. 2013. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/cordis/article/viewFile/19805/14713>>. Acesso em: 11 jul. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 66, out./dez. 2017. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1246489/Jorge_Miranda.pdf. Acesso em: 29 jul. 2020.

O'DWYER, Eliane Cantarino. **Quilombos: identidade étnica e territorialidade**. Rio de Janeiro: FGV, 2002. 268p. (introdução. p. 13-42). Disponível em: <<http://laced3.hospedagemdesites.ws/laced/arquivos/ElianeOdwyer%20Introdu%C3%A7%C3%A3o%20Livro%20Quilombos.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

PNCS. Caderno Nova Cartografia. **Comunidades Quilombolas do Município de Esperantina**. Mapeamento Social como Instrumento de Gestão Territorial contra o Desmatamento e a Devastação: processo de capacitação de povos e comunidades tradicionais. N. 8. Manaus: UEA Edições, 2014. ISSN 2359-0300. Disponível em: <<http://novacartografiasocial.com.br/download/o8-comunidades-quilombolas-do-municipio-de-esperantina/>>. Acesso em: 11 jan. 2020.

RAFFESTIN, Claude. **Por uma geografia do poder**. São Paulo: Ática, 1993.

RATTS, Alecsandro J. P.; COSTA, Kenia Gonçalves; BARBOSA, Douglas da S. Obstáculos e perspectivas dos Kalungas no campo educacional. In: BRAGA, Maria Lucia de S.; SOUZA, Edileuza P.; PINTO, Ana Flavia M. **Dimensões da inclusão no ensino médio; mercado de trabalho, religiosidade educação quilombola**. Brasília: MEC/SECAD/UNESCO, 2006. Disponível em: <http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/dimensoes_inclusao_quilombola.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

SAQUET, Marcos Aurélio. Por uma abordagem territorial. In: SAQUET, M. A.; SPOSITO, E. S. (Org.). **Território e territorialidades: teorias, processos e conflitos**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **“Território” da divergência (e da confusão)**: em torno das imprecisas fronteiras de um conceito fundamental. In: SAQUET, M. A.; SPOSITO, E. S. (Org.). Território e territorialidades: teorias, processos e conflitos. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação**. Parecer sobre o Decreto nº. 4.887/2003, que regulamenta o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT, do Procurador Regional do Rio de Janeiro: 09 out. 2006. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-quilombos/legislacao-1/pareceres/Dr_Daniel_Sarmento.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2020.

SEPPPIR. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. **Programa Brasil Quilombola (PBQ)**. Brasília: 2004. Disponível em < <http://governancade terras.com.br/2017/wp-content/uploads/2017/10/PROGRAMA-BRASIL-QUILOMBOLA.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

TOCANTINS. Núcleo da Defensoria Pública Agrária. **Quilombolas do Tocantins**: Palavras e Olhares. DPAGRA – Núcleo da Defensoria Pública Agrária: Palmas, 2016. Disponível em: <<http://www.defensoria.to.def.br/documento/20751/download>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

TRECCANI, Girolamo Domenico. **Terras de Quilombo**: caminhos e entraves do processo de titulação. Belém: SEJU, 2006. Disponível em: < <https://www.yumpu.com/pt/document/view/13708798/terras-de-quilombo-caminhos-e-entraves-do-processo-centro-de->>. Acesso em: 11 jan. 2020.

Direitos Fundamentais e migração: uma análise da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017

*Vinicius Gomes de Souza*¹

*Naiara Bárbara de Azevedo Holanda*²

*Márcio Fernando Moreira Miranda*³

1. Introdução

Antes do desenvolvimento da agricultura, o homem primitivo vivia como nômade, deslocando-se para uma nova área sempre que os recursos a sua disposição ficassem escassos. Com o passar dos séculos, ainda que a humanidade tenha desenvolvido tecnologia para permanecer sedentária, fatores políticos, sociais e econômicos continuaram a impulsionar indivíduos a deslocarem-se em busca de melhores condições. Dentro dessa óptica, vê-se que a migração é um fenômeno antigo e natural.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) e pesquisador voluntário do Núcleo de Pesquisas Jurídicas da UNITINS (NUPETINS). Email: contato@viniciusgomesdesouza.com.

² Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Integrada de Araguatins (FAIARA), graduada em Letras/Espanhol pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), acadêmica do curso de Direito (UNITINS), pesquisadora voluntária do Núcleo de Pesquisas Jurídicas da UNITINS (NUPETINS), professora da educação básica da rede pública de ensino do estado do Tocantins. Email: nbdeazevedo@gmail.com.

³ Doutor em Direito na Faculdade Autônoma de Direito (Fadisp/SP). Mestre em Administração pela Faculdade de Estudos Administrativos (FEAD/MG). Especialista em Docência em Ensino Superior (UEMA/MA), graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará, professor da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), da Unidade de Ensino Superior (UNISULMA) e da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - "Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais". Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. Email: marciotox@hotmail.com.

Não obstante, apesar de natural, o incremento do fluxo migratório global suscita um olhar mais atento por parte do direito internacional, especialmente no que concerne aos direitos humanos. A verificação de tal necessidade é relativamente recente, posto que as primeiras iniciativas de grande porte na área remetem ao período do pós-Segunda Guerra Mundial com a criação, por exemplo, da ACNUR.

No contexto sul-americano, o Brasil é o maior país em área, sendo também o quinto maior do mundo em extensão territorial. No Mercosul, além de possuir o maior Produto Interno Bruto do bloco, o país, de acordo com o FMI (2018), figura como nona maior economia do mundo. Tais características tornam o país atrativo, por exemplo, aos imigrantes Venezuelanos em busca de emprego e novas oportunidades.

Nesse sentido, buscou-se reunir informações com o intuito de responder à seguinte questão norteadora: o Brasil possui uma legislação moderna e eficiente no gerenciamento da questão migratória? E sabendo que a legislação brasileira sofreu recentemente uma alteração, quais fatores contribuíram para essa mudança da legislação pátria acerca da política migratória?

Consequentemente, o objetivo da pesquisa será analisar a legislação migratória brasileira no contexto jurídico internacional, avaliando-a no âmbito dos direitos humanos, de modo a analisar a capacidade e eficiência de ambas em lidar com os desafios advindos do recente fenômeno migratório.

1.2. Evolução histórica do direito internacional dos direitos humanos

Embora os direitos humanos de primeira geração tenham surgido durante a idade moderna, o despontar destes direitos ocorreu de maneira paulatina, como parte do processo evolutivo civilizatório da sociedade. Afinal, mesmo na antiguidade, conjuntos de normas como o Código de Hamurabi, Código de Manu, e a Lei Mosaica, garantiam algum grau de direitos aos seus povos respectivos.

Como exemplo, verifica-se no judaísmo a criação de premissas que seriam basilares mais tarde para a garantia da universalidade dos direitos humanos e a igualdade entre os indivíduos. Segundo anota Schwartz (2014, p 05), o embrião do moderno Estado de Direito desponta ainda no reinado de Davi; o rei Davi não chamava a si mesmo de Deus, e de maneira oposta ao que era praticado pelos demais monarcas da época, não legislava por conta própria, submetendo-se às leis de uma autoridade superior.

Mesmo na idade média, após o surgimento do Cristianismo, surgiram alguns importantes documentos nos campos político e teórico, os quais possuíam distinto caráter humanitário. A Magna Carta de 1215, por exemplo, foi de fundamental importância no campo político, pois submetia o Rei ao seu domínio e limitava seu exercício de poder.

Além de disciplinar o governo dos Reis ingleses, a carta “estabeleceu que as leis seriam boas e justas, que todos teriam acesso às cortes e que custos e dinheiro não seriam empecilho caso alguém quisesse discutir um problema nessas cortes” (SILVA, 2015).

Séculos mais tarde, na idade moderna, os direitos de primeira geração começam a de fato emergir. Esse período da história foi marcado por inúmeras revoluções que desafiavam o Estado absolutista, inaugurando profundas mudanças no cenário sociopolítico Europeu.

Em vista disso, o período republicano na Grã-Bretanha chegaria ao fim com a revolução gloriosa, onde Cromwell foi deposto e a monarquia restaurada sob o governo de Maria Stuart. “Desse modo, criou-se a monarquia parlamentarista inglesa que vigora até os dias de hoje” (Olivieri, 200?).

Em momento posterior à Revolução inglesa, em 1776, as colônias britânicas da América começariam um movimento por sua independência. A história da Revolução Americana encontra na proclamação da chamada *Bill of rights* o seu estopim. A designação *Bill of Rights* em tradução literal do inglês para o português significa Declaração de Direitos.

A Revolução que culminou no nascimento dos Estados Unidos da América viria a terminar em quatro de Julho de 1776, com a proclamação

da independência americana. Desse modo, as Revoluções Americanas, assim como a revolução inglesa e a posterior revolução ocorrida na França, foram essenciais ao estabelecimento dos direitos fundamentais de primeira geração, embora ainda restritos aos respectivos diplomas constitucionais, visto que não se falava à época sobre o direito internacional dos direitos humanos.

Como o surgimento do Constitucionalismo e as grandes revoluções burguesas remontam a um mesmo período histórico, os direitos de primeira geração consolidaram-se como importante elemento das constituições surgidas a partir de então. Acerca dessa relação, Mourão (2013) entende haver uma ligação “umbilical” entre constituição e direitos fundamentais, graças à tese de que o Estado deveria servir ao cidadão. No Liberalismo, o Estado atua em prol do cidadão ao assumir uma posição negativa, deixando-o livre do arbítrio do absolutismo monárquico dos séculos anteriores.

Lima (2007), ao abordar a transição do Liberalismo para o Estado Social, destaca como expoentes deste movimento as constituições Mexicana e de Weimar. Para o Autor, ambas foram precursoras em conciliar os direitos liberal-burgueses com direitos de cunho social, permitindo a coexistência das conquistas de primeira e segunda geração.

Apesar de todas as conquistas elencadas anteriormente, o reconhecimento dos direitos humanos na esfera internacional não ocorreu simultaneamente à efetivação destes mesmos direitos no âmbito do estado-nação. A despeito dos avanços percebidos, o reconhecimento dos direitos inerentes ao homem acabou por ficar, inicialmente, atrelado à sua nacionalidade, vez que este necessitava estar positivado em uma constituição para ser tutelado pelo Estado. Tal situação criara uma aberração política que desvirtuava por completo o ideal de universalidade dos direitos humanos.

Somente com a criação de organismos internacionais, bem como através da assinatura de tratados sobre direitos humanos que a temática passou a receber atenção e a ser tutelada no plano internacional:

Nesta esteira, podemos destacar a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 10 de dezembro de 1948, quando aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, neste momento destacou-se a internacionalização dos direitos humanos, fixando-se agora em um contexto internacional os direitos fundamentais, o que naturalmente ensejaria uma maior prevalência destes no contexto do ordenamento jurídico interno. (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009).

Com a efetiva internacionalização dos direitos humanos, apátridas, refugiados e imigrantes passaram a desfrutar, ao menos em tese, da segurança de receber um tratamento humanitário mesmo no estrangeiro, bastando para tal a condição de ser humano, e não mais de cidadão.

A queda do terceiro Reich em 1945 revelou à humanidade as terríveis consequências da adoção do ódio como política pública. Todavia, mesmo o mundo tendo conhecido as atrocidades praticadas pelos nazistas, a presente década tem sido marcada pela ascensão de grupos políticos que flertam com a xenofobia, criminalizam a migração, e propõe barreiras físicas e legais que dificultam o fluxo internacional de pessoas.

2. Conceitos gerais

2.1. Política migratória

Inserida no campo das políticas externas, a política migratória, nas palavras de Ferrari (2016, p. 15), “situa-se em uma zona nebulosa entre o plano doméstico e o internacional”. De fato, tal afirmação não poderia ser mais precisa, dado que a política externa de um país tende a repercutir tanto no âmbito interno quanto externo. Sucintamente, política migratória refere-se ao modo como um Estado lida oficialmente com questões atinentes ao ingresso, partida e permanência de pessoas em seu território. Nesse sentido, Paolo Targioni (2017) afirma que “as políticas migratórias são uma maneira que os Estados modernos têm de regulamentar o fluxo de cidadãos que podem ou não podem entrar em seus territórios”.

Se a política migratória corresponde à postura do Estado com relação ao estrangeiro, a Legislação migratória refere-se à norma ou ao conjunto de normas que regula a política migratória do Estado. Nessa senda, imprescindível destacar que a terminologia *norma* deve ser compreendida em seu sentido amplo, não se referindo exclusivamente as leis criadas especificamente para regular o tema.

Embora o fenômeno migratório não seja exatamente uma realidade restrita ao período moderno e pós-moderno, a evolução tecnológica, bem como a disparidade econômica e social entre as nações desenvolvidas e os países em desenvolvimento, tornaram-se fatores determinantes para o crescimento do fluxo migratório. Nas palavras de Marinucci e Milesi (2005), como “o desemprego passa a ser uma característica estrutural do neoliberalismo, as pessoas, então, migram em busca, fundamentalmente de emprego”. Convergindo com esse pensamento, têm-se a obra de Salim (1992) que afirma ser justamente o fator econômico a determinação básica da ocorrência da migração.

Em síntese, os avanços tecnológicos, bem como as crises políticas e socioeconômicas tem influenciado para o aumento da migração na contemporaneidade. Destarte, com a ampliação do deslocamento de pessoas deixando seus países em busca de trabalho no exterior, as maiores áreas de destino passaram a ter que lidar com um número cada vez maior de estrangeiros, o que não ocorria tão intensamente antes do século XX.

Aliado a outros problemas, o sentimento de medo provocado pelas guerras gerou, naturalmente, uma tendência de securitização da questão migratória em outros países, ocasionando uma involução no que tange o direito internacional dos direitos humanos. Corroborando com esta afirmação, Marinucci e Milesi (2005) destacam a mudança de tom nas normas de diversos países que passaram a adotar políticas mais rígidas e fechadas, após os grandes conflitos transnacionais.

Enquanto a Lei nº 13.445, de 24 de Maio de 2017 é adotada pelo Brasil como sua lei de migração, a política migratória brasileira abrange outros dispositivos legais e normas administrativas. De fato, a política migratória

não se restringe a uma lei ou coletânea de normas, sendo na verdade um conjunto de recursos instrumentalizados pelos países para pôr em prática sua política migratória. Ou seja, a política migratória é um processo utilizado para instrumentalizar a forma com que um Estado lida com a matéria. Se encarada como um assunto interno dos Estados, tal qual uma política pública genérica, o conceito de Lynn (1980)⁴ sobre políticas públicas sintetiza adequadamente o que seria a política migratória.

2.2. Migração

O Dicionário Priberam da Língua Portuguesa (2019) define População como sendo o “1. Conjunto dos habitantes de um país, de uma localidade, etc.” ou como “2. Conjunto dos seres humanos, animais ou vegetais, que constituem uma categoria especial”. A população de um local, por sua vez, tende a modificar-se constantemente graças à dinâmica de nascimentos, mortes e mudanças. Estes três elementos – a fecundidade, a mortalidade e a migração – são, segundo Golgher (2004, p. 07) importantes componentes da dinâmica populacional. Para o referido autor, dentre os três, o fenômeno migratório é o mais difícil de conceituar:

(...) O que é migrar? Grosso modo, a migração pode ser definida como uma mudança permanente de local de residência. Um indivíduo que morava em um local passa a morar em outro distinto. Parece fácil a primeira vista, mas na verdade não é. Se eu moro em uma cidade e mudo de bairro na mesma cidade, eu sou um migrante ou não? Eu morava em um local e agora moro em outro diferente. Você pode responder que na mesma cidade não vale por que a distancia envolvida na mudança de domicílio é pequena. Caso a minha cidade seja grande, como São Paulo, eu posso me mudar de uma ponta da cidade e me deslocar 40Km até o outro lado extremo de um mesmo município. Neste caso eu sou um migrante ou não? Vamos pensar em um outro caso. Eu moro perto da fronteira entre o Brasil e o Uruguai em uma cidadezinha que tem uma parte em cada país. Por alguma razão, eu resolvo me mudar para a casa localizada logo em frente da minha. Só que esta rua pode ser de um lado Brasil

⁴ Para Lynn, as políticas públicas são como “um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos”.

e do outro Uruguai. Eu troquei de país, mas me desloquei por apenas 20 metros. Eu sou um migrante ou não?

Esta pequena discussão serviu para mostrar que o estudo da migração não é tão simples como pode parecer à primeira vista. A mudança permanente de local de residência não é suficiente para definir o que seja a migração. (...).

Cavarzere (1995, p. 09), por sua vez, define migração de forma sucinta e assertiva. Segundo a autora, por migração entende-se:

[...] o movimento em si, ou seja, a circulação de pessoas, seja dentro do território, constituindo assim movimento migratório interior, seja para fora dele, caracterizando o movimento migratório exterior ou internacional. E por imigração, a ação de vir estabelecer-se num país estrangeiro, antônimo de emigração. Emigração, ou ato de emigrar, significa saída da pátria em massa ou isoladamente.

Desse modo, o termo migração refere-se ao processo em que indivíduos deixam seus países de origem para fixar residência em outras nações, seja em caráter permanente ou apenas temporário. Tais deslocamentos podem ser motivados por uma grande variedade de causas, como a busca por melhores condições de trabalho e qualidade de vida, ou mesmo para fugir de conflitos armados. Na presente pesquisa, o termo “migração” será empregado exclusivamente para designar o fenômeno da migração internacional.

2.3. Refúgio

Embora ambos os termos façam parte da dinâmica migratória mundial, o instituto do refúgio guarda peculiaridades capazes de distingui-lo da imigração comum: enquanto o termo migrante designa o indivíduo que simplesmente se deslocou de um país para outro, a terminologia “refugiado” faz referência ao imigrante forçado que goza de uma proteção especial no país em que se encontra. Nesse sentido, Ramos (2011, p.67) afirma que “os refugiados, na concepção tradicional do termo, podem ser

considerados apenas um grupo dentro de uma categoria mais ampla de migrantes”.

A Convenção da ONU Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) definia já em seu Artigo 1º o termo refugiado. À época, considerava-se refugiado qualquer pessoa que em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade.

O Brasil, ao implementar o Estatuto dos Refugiados por meio da Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997, deu à seguinte redação ao seu primeiro artigo:

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.

2.4. Alto comissariado das Nações Unidas para os refugiados

Criado em 1950, apenas alguns anos após o término da 2ª Guerra Mundial, o ACNUR (em inglês UNHCR - United Nations High Commissioner for Refugees) é o órgão da ONU especializado no atendimento dos refugiados e deslocados internos. Segundo dados da própria ACNUR/UNHCR (2018), existem hoje cerca de 68,5 milhões de pessoas deslocadas a força no mundo, das quais 25,4 milhões são refugiados, e 3,1 milhões são solicitantes de refúgio.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados teve um nascimento conturbado, marcado por debates acalorados entre EUA, França e a então URSS que divergiam acerca da criação da agência.

De acordo com Zuzarte (2018), enquanto a França desejava criar uma agência autônoma e eficiente para lidar com os refugiados remanescentes da 2^o guerra, os Estados Unidos exigiam a criação de uma agência temporária, barata de implantar e com recursos limitados. A União Soviética, por sua vez, relutava em colaborar com um organismo que ajudaria os refugiados egressos de seus domínios a encontrarem um novo lar.

Além do fator econômico, Zuzarte (2018) destaca o forte poder simbólico da acolhida de refugiados soviéticos pelos países do bloco capitalista. No contexto da guerra fria, isso servia de campanha contra os socialistas.

Com a expansão de sua competência através do caso húngaro, a atuação da ACNUR ganhava, aos poucos, relevância global, vindo a estender-se ao longo dos anos, resistindo até os dias correntes.

No Brasil, o moraisissariado possui sede em Brasília, além de unidades descentralizadas em São Paulo (SP), Manaus (AM) e Boa Vista (RR). Relevante frisar que, embora seja o CONARE o responsável por decidir sobre os pedidos de asilo, a ACNUR atua em conjunto com o este e outros organismos nacionais para o atendimento da população imigrante.

2.5. Política migratória brasileira

Adotada como objeto da presente pesquisa, a questão migratória no Brasil raramente demanda grande atenção por parte do governo. Tal situação deve-se especialmente a uma tendência que os migrantes possuíam de destinarem-se aos países desenvolvidos em busca de melhores oportunidades de emprego, o que tornava ínfimo o ingresso destes indivíduos no país.

Entretanto, a dinamicidade dos mercados globais contemporâneos, aliada ao crescimento econômico de países que até meados dos anos 90 eram considerados subdesenvolvidos, faz com que cada vez mais pessoas se desloquem para nações como o Brasil. De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, em 2017 85% das pessoas deslocadas no mundo estavam em países em desenvolvimento.

Modernamente existem duas grandes crises humanitárias relativas à migração com as quais o Brasil se envolveu, sendo elas a Haitiana em 2010 e a Venezuelana, que se estende de 2017 até o presente momento.

Apesar de cronologicamente próximas, ambas as situações emergiram em contextos extremamente distintos. Enquanto o fluxo migratório de Haitianos para o Brasil se deu como reflexo de uma catástrofe natural que atingiu o país, a imigração de venezuelanos foi motivada por um contexto social, político e econômico desfavorável.

Outra grande diferença entre as duas situações corresponde à legislação vigente quando os eventos eclodiram.

Embora o governo Brasileiro tenha se demonstrado solidário em ambos os casos, realizando esforços no sentido de solucionar as crises em questão, ambas se desenrolaram sob a égide de leis distintas. Enquanto a crise de 2010 ocorreu durante a vigência do Estatuto do estrangeiro, a atual crise migratória de venezuelanos surgiu quase que simultaneamente a entrada em vigor da Lei 13.445/17 (lei de migração) que revogou o Estatuto do Estrangeiro. Referido Estatuto remonta aos anos 80, época em que o Brasil vivia sob um regime militar autoritário, que tinha uma política migratória conservadora, e que via no estrangeiro uma ameaça à soberania nacional.

Apesar de a Constituição cidadã ter sido promulgada em 1988, a velha lei migratória permaneceu em vigor até o ano de 2017, como dito alhures. A discrepância existente entre a legislação e o texto constitucional acabou tornando-se um fator limitador das políticas públicas que o país poderia implementar em situações como as elencadas acima.

Desse modo, a nova lei de migração alarga as possibilidades de atuação do poder público estatal na efetivação dos direitos humanos de estrangeiros que estiverem vivendo no Brasil. A nova lei migratória brasileira trata o estrangeiro como sujeito de direito, direitos estes que são intrínsecos à sua natureza humana, não estando atrelados à cidadania.

Necessário mencionar que, independente das conquistas alcançadas na seara do direito internacional dos direitos humanos, o crescimento de

discursos de ódio no cenário político nacional representa uma ameaça a esses avanços. Tal ameaça fica evidente diante da fragilidade verificada na Lei de Migração brasileira que, embora seja extremamente humanística, se furtou a versar sobre os mecanismos a serem adotados pelo governo em situação de crise humanitária decorrente de fluxo migratório.

O fato de a lei não vincular o governo a uma determinada postura diante de uma crise humanitária reduz o campo de alcance da norma. Assim, embora conceda um extenso cabedal de direitos, a nova Lei de Migração não fornece as diretrizes necessárias para a efetivação destes.

3. Análise da Lei de Migração (Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017)

Existem duas normas que merecem destaque no contexto da política migratória brasileira, sendo elas a Lei nº 13.445/17, denominada lei de migração, e a Lei nº 9.474/97 que institui o estatuto dos refugiados de 1951. Ambas são os principais subsídios para compreender a política estatal da República Federativa do Brasil com relação aos estrangeiros.

Apesar de mais antiga, a presente análise não se concentrará na Lei 9.474/97, visto que ela apenas define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, tendo pouca abrangência devido a seu tema. Por seu turno, a nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/17) é a responsável por quase toda a matéria restante, tratando sobre políticas públicas para o migrante, direitos e deveres do migrante, além de regular a sua entrada e permanência no País: “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante”.

Embora possa ser descrita como um marco inovador na legislação brasileira, a Lei passou por um processo conturbado até sua publicação. Como exemplo, Diniz (2019, p 11) destaca que “a Lei de Migração foi promulgada com vetos em 18 trechos do texto, pelo então Presidente Michel Temer, sendo a maioria deles justificados no interesse nacional”

Já Pereira (2019, p 56), aponta que os vetos ao texto original totalizam, na verdade, 23 trechos. Acerca das matérias vetadas, comenta a Autora:

Os vetos restringiram algumas concessões que seriam dadas de forma ampla, vistos com pesar pela Comissão dos Direitos Humanos no Brasil. Os principais vetos contemplavam principalmente o conceito de migrante (Inciso I do § 1º do art. 1), novas hipóteses para concessões de vistos temporários (§ 10 do art. 14), a extensão de outras hipóteses de parentesco, dependência afetiva e fatores de sociabilidade para fins de reunião familiar (parágrafo único do art. 37 e inciso IV do art. 40), dispensa de obrigações militares por já cumprimento em país de nacionalidade anterior (Art. 74), o conceito de pessoa vulnerável (§ 4º do art. 113), o direito originários dos povos indígenas e populações tradicionais (§ 2º do art. 1º), exercício de cargos, empregos e funções públicas aos estrangeiros segundo critérios específicos de editais (§§ 2º e 3º do art. 4º e alínea d do inciso II do art. 30), extensão ao visitante dos direitos previstos no caput e nos incisos I, II, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV e XV (§ 4º do art. 4º), revogação de expulsões decretadas antes de 5 de outubro de 1988 (Art. 116), concessão de autorização de residência aos imigrantes que, tendo ingressado no território nacional até 6 de julho de 2016 (Art. 118), dentre outros.

Todos esses vetos denotam o grande conservadorismo e apego ao instituto da Segurança Nacional, o que teve reflexos na Lei de Migração. Até mesmo o conceito original de migrante foi alterado como tentativa de evitar que os habitantes de regiões fronteiriças fossem abrangidos pela classificação.

Contudo, como mérito do extenso cabedal de direitos assegurados pela norma, mesmo com os inúmeros vetos e alterações sofridas posteriormente, a Lei 13.4455/17 possibilita, em conjunto com a Constituição, que qualquer estrangeiro receba um tratamento pautado no respeito e em harmonia com os princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Noutro giro, explorando por completo os mais de 120 artigos da Lei em análise, não se vislumbram mecanismos para efetivar todos os direitos por ela garantidos. A ausência de tais instrumentos contribui para uma maior burocracia, vez que grande parte destes direitos demandará, por

exemplo, de um procedimento específico disciplinado em uma norma própria, além de outras situações mais complexas.

Como exemplo, cita-se a dificuldade para obtenção do visto temporário descrito no Art. 14 §5º em virtude do decreto que o regulamentou. Embora a lei garanta expressamente a possibilidade de concessão de visto ao migrante que comprovar oferta de trabalho no País, o decreto 9.199/17 exige que o interessado apresente um contrato de trabalho para comprovar a oferta.

A ausência de previsão quanto a necessidade de dotação orçamentária para instrumentalizar as ações e políticas públicas voltadas ao migrante na Lei, também é um problema. A omissão do legislador coloca em risco a efetividade da norma no plano fático, afinal, o orçamento público deixa de estar vinculado a este setor, permitindo que o governo inviabilize financeiramente iniciativas na área a depender de seu alinhamento ideológico ou de outras prioridades.

No que se refere aos princípios, a Lei de migração Brasileira reserva a Sessão II do Capítulo I para enumerar os princípios e garantias que regem a política migratória Brasileira. A sessão é ocupada por dois artigos, 3º e 4º, respectivamente. Dentre os preceitos norteadores da política migratória Brasileira, fora incluído pelo legislador o princípio da não criminalização da migração, senão vejamos:

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

- I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;
 - II - repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação;
 - III - não criminalização da migração;**
- (...) *Grifei.*

Outro tópico relevante diz respeito ao instituto da reunião familiar. Os instrumentos legais desse tema visam possibilitar que o núcleo familiar do migrante permaneça unido por meio de vistos especiais ou outros

mecanismos necessários, sendo que o rol dos familiares aptos à solicitação de reagrupamento familiar está descrito no Artigo 37 da Lei nº 13.445/17, *in verbis*:

Seção V - Da Reunião Familiar

Art. 37. O visto ou a autorização de residência para fins de reunião familiar será concedido ao imigrante:

I - cônjuge ou companheiro, sem discriminação alguma;

II - filho de imigrante beneficiário de autorização de residência, ou que tenha filho brasileiro ou imigrante beneficiário de autorização de residência;

III - ascendente, descendente até o segundo grau ou irmão de brasileiro ou de imigrante beneficiário de autorização de residência; ou

IV - que tenha brasileiro sob sua tutela ou guarda.

Contudo, a amplitude e profundidade com que o tema é abordado na Lei de Migração demonstra que o legislador não se preocupou em discorrer detalhadamente acerca dos instrumentos para efetivação desse direito, garantido em tratados internacionais. Esse, aliás, é um dos maiores problemas da lei, uma vez que a sua excessiva objetividade acaba por delegar a responsabilidade de efetivar os direitos por ela garantidos à outras normas, dando margem para mais entraves burocráticos.

Outro tópico tão sensível quanto à família migrante é a apatridia. Uma das inovações trazidas pela nova Lei de migração brasileira diz respeito justamente aos apátridas. A norma introduz no direito brasileiro um tratamento especial ao apátrida, dedicando um artigo extenso para tratar exclusivamente de sua proteção e dos mecanismos para redução da apatridia.

De acordo com Bichara (2017, p. 242) “A Lei de Migração apenas consagra o conceito de apátrida tal como formulado pelo 1º da Convenção de 1954”. Para o Autor, embora a legislação alinhe o ordenamento jurídico brasileiro às normas internacionais, o novo diploma carece de clareza ao definir o termo Apátrida. O fato é que a partir do início da vigência da nova lei, ou seja, desde 2017, o Brasil passou a contar com uma norma que preza pelo viés humanitário ao assegurar direitos e garantias ao indivíduo “sem pátria”.

Conforme citado alhures, a criminalização da imigração no Brasil é preventivamente proibida por lei, diferente de outros países em que o legislador foi omissivo nesse aspecto, dando azo à inclusão de tipos penais relativos à imigração ilegal. Como exemplo, o Art. 10-A da consolidação de leis em matéria migratória italiana estatui o crime de migração ilegal no país, o que jamais ocorrerá no Brasil graças à Lei 13.445/17.

Para Santos (2011, p. 111) “O crime de imigração irregular poderia ser classificado como sendo de perigo abstrato – com todas as críticas que lhe poderiam ser feitas pela moderna doutrina penal”. De fato, a tipificação do crime de imigração adotado na Itália revela-se descabida, visto que a simples entrada ilegal num país não constitui ameaça a nenhum bem jurídico relevante para o direito penal, constituindo-se como uma simples manifestação legal de intolerância. Nesse diapasão, a legislação brasileira, em conformidade com preceitos do direito internacional dos direitos humanos, denota o caráter prioritariamente humanitário da política migratória brasileira.

Nesse sentido, é nítido o alinhamento entre a Lei de Migração Brasileira e os preceitos e ditames do Direito internacional dos Direitos Humanos, o que consagra o Brasil como um país solidário e atento às necessidades e vulnerabilidades das gentes em um contexto de globalização. Todavia, apesar de ser a expressão máxima dessa política acolhedora e de caráter humanitário, o novel diploma ainda peca por ser pouco detalhista.

4. Considerações finais

Apesar das barreiras impostas à imigração através da legislação e de políticas migratórias cada vez mais duras e restritivas, as dificuldades econômicas, sociais e políticas, assim como os conflitos e desastres naturais, continuam a impulsionar a migração em todo o mundo. Desse modo, a análise do tema impõe um olhar sensível aos diversos fatores correlacionados ao fenômeno.

Não obstante, a legislação analisada é reflexo da atuação conjunta desses fatores, mas também são produtos da globalização. Nas palavras de

Ferrari (2016, p. 75), “Ao mesmo tempo em que a globalização é caracterizada por criar novas formas de inclusão, também é responsável por produzir espaços que excluem e segregam”. Desse modo, ao passo que a distância entre os povos e as divisões internacionais são minoradas pela tecnologia, novas formas de segregação vão sendo construídas a partir da percepção que cada estado tem de si.

Ao políticas dirigidas ao imigrante garantem-no tratamento humanitário e possibilidades reais de usufruir os mesmos direitos que o cidadão brasileiro nato, ainda que ilegalmente fixado no país. Tal postura só é possível graças à Nova Lei de migração, que reconhece o imigrante como sujeito de direito, enxergando no estrangeiro um ser humano que, independentemente de nacionalidade ou cidadania, merece respeito e oportunidades. Sendo assim, a legislação atual mostra que o Brasil finalmente se reconheceu como um país de imigrantes, os quais foram importantes elementos para a formação cultural, política, e social da própria nação.

Lado-a-lado, a Lei de Migração Brasileira (Lei nº 13.445/2017) e o Decreto Legislativo 286/1998 (Lei consolidada italiana sobre migração) apresentam alguns pontos em comum, principalmente devido a tratados internacionais, no entanto, saltam aos olhos diferenças profundas entre ambas. Enquanto o Estado Brasileiro assume um tom humanitário e acolhedor, possuindo até mesmo uma lei paralela que dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento de pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária, a Itália vai à contramão, adotando tom parecido com o do antigo Estatuto do Estrangeiro do Brasil (Lei nº 6.815, de 19 de Agosto de 1980).

Esse estudo destaca o quão avançado é a Legislação pátria em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos. Desse modo, embora a legislação Brasileira ainda não seja tão abrangente quanto se gostaria, a análise demonstra que as leis que integram a política migratória brasileira, com destaque para a nável Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), são

suficientemente modernas e adequadas no que se refere à efetivação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em território brasileiro.

Referências

ACNUR/UNHCR (Suíça); ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Global trends:**

Forced displacement in 2017. Genebra: ACNUR/UNHCR, 2018. 75 p. Disponível em: https://www.unhcr.org/5b27be547#_ga=2.39737187.1570919862.1543289728-195210460.1536452395. Acesso em: 02 nov. 2018

BICHARA, J. O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos.

Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 2, p.237-252, 31 out. 2017. Centro de Ensino Unificado de Brasília. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v14i2.4619>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

CAVARZERE, T. T. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 09.

DINIZ, M. de M. **Uma análise da Lei de Migração e do Estatuto dos Refugiados sob a ótica emancipatória dos Direitos Humanos**. 2019. 42f. Monografia (Graduação em Direito) - Dom Helder Escola de Direito, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <<http://tede.domhelder.edu.br/handle/tede/22>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

FERRARI, C. **Política Migratória como política externa**: Uma análise comparativa entre a Alemanha e o Brasil. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais) – Centro Socioeconômico, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/168436>>. Acesso em: 26 de set. 2018.

FMI - Fundo Monetário Internacional. **PIB, preços correntes**: Bilhões de dólares americanos. 2018. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/datamapper/NGDPD@WEO/OEMDC/ADVEC/WEOORLD/SMQ?year=2018>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

GOLGHER, A. B. **Texto para discussão** – Fundamentos da migração. 2004. Disponível em: <<http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD%20231>>. Acesso em 4 abr. 2019.

BRASIL. Presidência da República. LEI Nº 9.474, DE 22 DE JULHO DE 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina

outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 4 set. 2019.

LIMA, R. W. **Considerações históricas e jurídicas sobre o direito humano (e da humanidade) ao desenvolvimento**. A necessária solidariedade diante da crise ambiental. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1405, 7 maio 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9800>>. Acesso em: 5 abr. 2019.

LYNN, L. E. **Designing Public Policy: A Casebook on the Role of Policy Analysis**. Santa Monica, California: Goodyear. 1980

MARINUCCI, R.; MILESI, R. **Migrações Internacionais Contemporâneas**. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2005. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/pur/files/2011/04/MIGRA%C3%87%C3%83O-NO-MUNDO.pdf>>. Acesso em: 30 de set. 2018.

MOURÃO, P. A. L. Contexto histórico da evolução dos direitos sociais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3496, 26 jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23540>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

OLIVIERI, A. C. **Revolução Inglesa: Cromwell, Revolução Puritana e Revolução Gloriosa**. 200?. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/revolucao-inglesa-cromwell-revolucao-puritana-e-revolucao-gloriosa.htm>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

PEREIRA, P. dos S. **Cidadania e Dignidade aos Migrantes: uma análise da nova lei de migração (Lei 13.445/2017)**. Sousa: {s.n}, 2019. Monografia (Curso de Graduação em Direito) Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande, 2019. Disponível em: <<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/11459>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

"POPULAÇÃO", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <https://dicionario.priberam.org/popula%C3%A7%C3%A3o> [consultado em 02-06-2019].

RAMOS, É. P. **Refugiados ambientais**: em busca de reconhecimento pelo direito internacional / Érika Pires Ramos – São Paulo : E. P. Ramos, 2011.

SALIM, C. **Migração**: o fato e a controvérsia. *In*: Encontro Nacional De Estudos Populacionais, 8, Anais. Brasília: Abep, v. 3, p. 119-143, 1992. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/609/589>>. Acesso em: 28 set. 2018.

SANTOS, M. C. R. História do Direito na Baixa Idade Média. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2801, 3 mar. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18610>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

SCHWARTZ, F. de S. **A Evolução dos Direitos Humanos – Da gênese à apoteose brasileira com a Emenda Constitucional 80/94**. *In*: XXIII CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, 2014, JOÃO PESSOA. HISTÓRIA DO DIREITO II. Curitiba: CONPEDI, 2014. p. 62-89. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=93af461084793feo>> Acesso em: 29 mar. 2019.

SILVA, E. de O. **A Magna Carta de João Sem-Terra e o devido processo legal**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4455, 12 set. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33931>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

SIQUEIRA, D. P.; PICCIRILLO, M. B. **Direitos fundamentais**: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. *In*: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 61, Fev. 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414. Acesso em: 26 set. 2018.

TARGIONI, P. Políticas migratórias, biopolítica e Estado. *In*: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 41º, 2017, Caxambú/MG. **Anais do 41º Encontro Anual da Anpocs**. São Paulo.

ZUZARTE, A. **De Davi à Golias**: uma breve história do ACNUR. 2018. Disponível em: <<https://www.cafehistoria.com.br/breve-historia-acnur/>>. Acesso em: 30 set. 2018.

Direito de amamentação: uma análise sobre a proteção legal deste direito em locais públicos e privados no Brasil

*Ingrind Evellen Magalhães Ferreira*¹

*Wilker Batista Cavalcanti*²

1. Introdução

A amamentação é a melhor maneira de propiciar o alimento ideal para o crescimento saudável e o desenvolvimento dos recém-nascidos, sendo um processo que vem enfrentando desafios na sociedade, pois por ser uma consequência natural da maternidade, tem que ser feita à qualquer momento e qualquer lugar, ocasionando constrangimentos às mães que realizam este ato em vias públicas ou privadas.

O presente trabalho tem como objetivos analisar as ações estatais que garantem o direito de amamentação em locais públicos e privados no Brasil, contextualizar a proteção jurídica do direito de amamentação em locais

¹ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Faculdade de Educação Santa Terezinha. Email: ingrievellen@gmail.com

² Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Doutor em função social do Direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2019), mestre em Administração pela FEAD (2014) com ênfase em Gestão Pública, especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2014) e em Metodologia da Educação Superior pela Universidade Estadual do Maranhão (2005), graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes - Rio de Janeiro (1996). Atualmente é Assessor Jurídico da Prefeitura Municipal de Imperatriz e professor universitário. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Atua principalmente nos seguintes temas: Direito Constitucional, Direito Administrativo e Processo Civil. É advogado. Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - "Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais". Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. E-mail: wilkercavalcanti@hotmail.com

públicos e privados no Brasil, reconhecer a importância da amamentação e as dificuldades que as mães enfrentam para amamentar em locais públicos e privados no Brasil e identificar as legislações e as ações que garantem o direito de amamentação em locais públicos e privados no Brasil.

O estudo tem caráter de abordagem qualitativa, pois compreende atividade ou investigação específica, procurando captar não só a aparência do fenômeno como também suas essências, explicar sua origem, relações e mudanças, e tentando compreender as consequências, quanto ao método foi utilizado o exploratório e descritivo, com a finalidade de ampliar o conhecimento acerca do fenômeno direito à amamentação.

Faz-se necessário a promoção de ações que reconheça a importância da amamentação, buscando educar a família, a sociedade, profissionais de saúde e gestores sobre a importância da amamentação e seu relevo na promoção da saúde materno-infantil. Com base nisso, se pretende pesquisar na doutrina e na legislação brasileira, quais medidas o poder público tem tomado para resguardar o direito das mães de amamentar seu filho em locais públicos e privados.

2. Evolução histórica

O processo de evolução da humanidade, desde os primatas, foi o responsável pela formação da espécie humana e particularização de suas características, deste modo, homens e mulheres ganham qualidades próprias e desenvolvem papéis distintos em seu meio social, o célebre Will Durant (1956 p. 146), acredita que:

No grande drama da reprodução, em torno do qual toda a vida se resolve, o macho representa papel inferior, quase extranumerário; durante a crise do nascimento permanece de lado, acovardado e inútil, verificando que instrumento secundário ele é no desenvolvimento da raça. (...) E torna-se-lhe possível compreender a razão pela qual os povos primitivos e as grandes religiões adoravam a maternidade.

A maternidade, neste sentido, tem se tornado uma das maiores responsabilidades da mulher, na qual sua prosperidade foi acompanhada pelos direitos sociais e humanos quando do seu surgimento até os dias atuais, batizada hoje como um privilégio inerente a pessoa da mulher.

Em uma perspectiva internacional a proteção a maternidade ganhou bastante destaque em 1919 a partir da primeira convenção da OIT, com o advento das convenções e tratados de natureza protecionista, tanto no ambiente do trabalho quanto no meio comunitário.

O Direito a amamentação por sua vez, foi evidenciado pelos egípcios, hebreus e babilônios, eles tinham a tradição de amamentar seus filhos por até os 3 anos de idade, já os greco-romanos ricos geralmente designavam outras mulheres para promoção do alimento materno de seus filhos, neste sentido, a Inglaterra a França e a América foram indiretamente influenciadas pelos costumes praticados pelos povos supracitados.

Embora os romanos e gregos, tenham iniciado a prática da amamentação mesmo que por intermédio de amas-de-leite, os Hipócrates foram os precursores do desenvolvimento da temática sobre os benefícios da amamentação, na qual foi constatada que os bebês que não utilizam o leite materno, eram mais passíveis de entrar na estatística da mortalidade infantil.

Subsequentemente, Sorano achou relevante abordar sobre as características sobre leite materno, destacando a cor, odor, sabor e densidade do alimento humano, já Galeno considerava pressupunha que o aleitamento deveria ser acompanhado diretamente por um médico (VINAGRE; DINIZ, 2001).

De acordo com os ensinamentos de Diniz e Vinagre (2001, p.1), “o leite humano representa a resposta que a natureza deu à pergunta do melhor alimento para o homem que se desenvolve”. No Brasil, o hábito de amamentar já existia entre os índios, de maneira que nos séculos XVI e XVII foi atestado que os povos indígenas que habitavam em diversas partes do território brasileiro não apresentavam influência europeia em seus

comportamentos e costumes, o que foi logo modificado com a exploração dos europeus nas terras indígenas.

3. Importância da amamentação

A amamentação pertence à uma das dimensões fundamentais do cuidado à saúde da mulher e da proteção da criança que exigem a integração de duas instâncias: família e Estado. A família por possuir estruturas organizadas e diversificadas que ajudam na convivência social, e o Estado por possuir meios que resguardem esse direito.

De acordo com Sampaio, et al. (2011, p. 69):

Ações de caráter educacional, implementadas pelo Estado no setor saúde, desde a formação médica até o planejamento do pré-natal para o aconselhamento em amamentação, visam oferecer suporte e monitoramento, e promovem mudanças na cognição e no comportamento parental por meio da informação. Embora implique em uma dimensão individual de cuidado envolvendo a mãe-nutriz e o seu bebê, a amamentação ensina a coparticipação da família e do Estado na perspectiva do direito da mulher e da criança cuja atuação conjunta e subsidiária fortalece o tecido social, a exemplo do que acontece em diversos países europeus.

É de essencial importância o apoio à lactante, por parte da família, sociedade, profissionais e do Estado, devem agir em conjunto para oferecer condições favoráveis a esse direito fundamental. Ainda que, a família seja considerada o principal referencial para a mulher nesse processo de amamentação, o Estado não poderá suprir essa atuação, por ser de natureza intimamente familiar. Contudo, é necessário o papel do poder público na garantia e proteção a amamentação.

A Constituição Federal de 1988 é a principal base democrática do projeto de Estado social brasileiro, que deve concretizar valores e direitos fundamentais individuais e sociais incidindo na diminuição de desigualdades historicamente estabelecidas.

De acordo com Sampaio, et al. (2011, p. 71) “esses direitos fundam-se na ética emancipatória dos Direitos Humanos, que demanda transformações sociais, com a promoção da igualdade, dignidade e não violência. ”

Neste sentido, um dos avanços fundamentais da CF/88 foi a proteção ao direito da saúde, abrindo espaço para que houvesse um ambiente de proteção e emergência dos direitos humanos e potencializou a garantia do direito à saúde.

Como sustenta Sampaio, et al. (2011, p. 72):

Nesse imbricamento, de caráter sociopolítico, somam-se planos de integração da cidadania: primeiramente mediada pela garantia do direito humano, de caráter social, a saúde fortalece a pessoa individualmente e na perspectiva do coletivo; de forma simultânea, a democracia, por sua vez, fortalece o tecido social.

Conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS), em sua Portaria nº 1920, de 5 de Setembro de 2013, produz a promoção do Aleitamento Materno, assegurando que a amamentação é a melhor maneira de proporcionar o alimento ideal para o crescimento saudável e o desenvolvimento dos recém-nascidos até os 2 (dois) anos de idade, além de ser parte integral do processo reprodutivo, com importantes implicações para a saúde materna. A amamentação é a mais sensível, humana e eficaz e economicamente viável forma de alimentar uma criança trazendo vários benefícios à saúde.

A fundamentalidade do direito à amamentação é um tema especialmente complexo, com desdobramentos na relação entre indivíduos e na relação destes indivíduos com a sociedade e o Estado. Na esfera privada, a amamentação envolve necessariamente dois sujeitos de direitos: a nutriz e a criança. Na esfera pública, a amamentação estabelece uma relação jurídica bilateral atributiva entre mãe e criança, de um lado, e o Estado e a sociedade, de outro.

Assim, para a criança é garantido o direito à alimentação saudável e em condições de higiene e segurança adequadas, como dimensão de atenção e cuidado. Para a lactante, o direito a amamentar implica na

garantia de condições para fazê-lo, se assim escolher, sem prejuízo ou relativização de quaisquer direitos e sem sofrer quaisquer formas de violência ou discriminação, por parte da sociedade ou do Estado.

De acordo com Sampaio, et al. (2011, p. 74):

Nesse sentido, fica obrigada a sociedade de se abster de quaisquer atos de discriminação ou violência que possa tolher em alguma medida a opção da lactante em amamentar, seja no local de trabalho, em sua residência, seja, se assim entender necessário, em espaços públicos. Quanto ao Estado, reconhecida a fundamentalidade do direito à amamentação e sua natureza social, fica obrigado a tomar as medidas necessárias a sua efetivação, em condições adequadas, abstendo-se de qualquer ato, executivo ou legislativo, que possa ir de encontro a este direito.

4. Fundamentação

A amamentação é um fenômeno complexo, havendo variáveis diversas de natureza fisiológica, psicológica, social e volitiva, dentre outras. O direito de amamentar, nesse contexto, não corresponde a uma obrigação da lactante, mas ao dever do Estado de, no seu espectro de ação, garantir as condições para que a mulher amamente se optar por e puder fazê-lo, e ao da sociedade respeitar o direito da mulher e da criança, em decorrência disso, o Brasil assinou em 1990 a Declaração de Innocenti, na Itália, na qual obriga-se a consolidar a promoção da amamentação no país. Já na Reunião de Cúpula Mundial, em Nova York realizada no mesmo ano, se comprometeu em reduzir a mortalidade infantil (CARVALHO; TAMEZ, 2003).

A partir da redemocratização das instituições brasileiras a Constituição federal de 1988, passou a incluir a proteção à maternidade e à infância como um direito social, art. 6º, no caráter constitucional, a legislação brasileira avançou muito quanto a proteção do direito a amamentação de modo que hoje o artigo 227º da Magna Carta de 1988 dispõe:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade,

ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (BRASIL, 1998).

O direito ao aleitamento materno, deste modo, possui proteção integral, portanto é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar o seu exercício com absoluta prioridade, bem como, colocar a salvo a mãe e o bebê de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ainda em relação a isso, o título II, capítulo II da Constituição Federal do Brasil seu artigo 7º, XVIII, estabelece que "... licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias ..." essa proteção Constitucional garante a mulher que trabalha fora do lar a licença maternidade e o direito à garantia no emprego à gestante e durante o período de lactação. Às presidiárias a Constituição assegura em seu artigo 5º, inciso L, condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 389º, parágrafo 1º, assegura o direito à creche para que a mulher que trabalhe em uma empresa com pelo menos 30 mulheres com mais de 16 anos terá local apropriado para que possam amamentar seu filho, bem como o direito, durante a jornada de trabalho, a dois descansos especiais, de meia hora cada um, para amamentar a criança, inclusive advindo de doação até que complete 6 meses de idade, conforme determina o artigo 396º. Sobre essa possibilidade o Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região em recurso ordinário conclui:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. RELEVÂNCIA. PROTEÇÃO À CRIANÇA. DIREITO À AMAMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 389 §1º DA CLT. A proteção da criança e de seu desenvolvimento pleno, é garantia constitucional. A par disso, o §1º do art. 389 da CLT obriga a todos os estabelecimentos onde trabalhem

mais de 30 (trinta) mulheres, a manutenção de berçário para incentivar a amamentação de seus filhos recém-nascidos. Desta forma, a insurgência da Reclamada não persiste ante a norma legal expressa. (...), (RO 0000039-66.2018.5.14.0061). (BRASIL. 2018).

Vale ressaltar ainda que O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece em seu artigo 3º, que a criança e o adolescente gozem de todos os direitos fundamentais tocantes à pessoa humana, sendo irrenunciáveis, intransmissíveis, inalienáveis e imprescritíveis, não podendo sofrer intervenção voluntária em seu exercício. Devem ser concebidos a criança e ao adolescente por meio de leis e políticas públicas que assegurem ao menor o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Informa ainda em seu parágrafo único que os direitos enunciados nesta Lei, aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem nenhum tipo de discriminação.

Ainda em seu artigo 4º, do ECA o dispositivo deixa claro que a defesa/promoção dos direitos fundamentais assegurados à criança e ao adolescente, não é dever de apenas de um órgão ou entidade, mas deve ocorrer a partir de uma ação conjunta e articulada entre família, sociedade/comunidade e Poder Público.

Os benefícios do aleitamento materno são reconhecidos pelo ECA, em seu artigo 9º onde determina que o poder público, as instituições e os empregadores devem garantir condições adequadas para o ato de amamentar, inclusive as mães submetidas a medida privativa de liberdade.

Dentre esses direitos resguardados e em cumprimento às normas constitucionais e legais de proteção ao aleitamento materno, o Ministério da Saúde por seus diversos órgãos e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária vêm ao longo do tempo aperfeiçoando métodos e condutas, com instrumentos próprios (Resoluções, Portarias etc.).

Mesmo possuindo todas essas garantias protegendo a mulher durante a amamentação, ainda não possui uma lei federal que regule o direito das mães de amamentar, no entanto hoje existem várias leis

esparsas tanto no âmbito estadual quanto municipal que garante a mulher uma certa proteção, como exemplo disso, a Lei nº 16.161 de 13 de abril de 2015, que assim designa:

Art. 1º Todo estabelecimento localizado no Município de São Paulo deve permitir o aleitamento materno em seu interior, independentemente da existência de áreas segregadas para tal fim. Art. 2º Para fins desta lei, estabelecimento é um local, que pode ser fechado ou aberto, destinado à atividade de comércio, cultural, recreativa ou prestação de serviço público ou privado. Art. 3º O estabelecimento que proibir ou constranger o ato da amamentação em suas instalações estará sujeito à multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais), sendo que em caso de reincidência o valor da multa duplicará. Parágrafo único. A multa de que trata o “caput” deste artigo será atualizada anualmente pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, acumulada no exercício anterior, sendo que, no caso de extinção deste índice, será aplicado outro que venha a substituí-lo. (SÃO PAULO, 2015).

Significando um grande avanço para o instituto da amamentação, existe também a Lei n.º 7.115/2015 do Estado do Rio de Janeiro que determina o estabelecimento que proibir ou constranger o ato da amamentação em suas instalações, está sujeito à multa. Na Lei de São Paulo, a multa será empregada no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), sendo que em caso de reincidência o valor da multa duplicará. No Rio de Janeiro será multado em 500 UFIRs (quinhentas Unidades Fiscais de Referência) e, em caso de reincidência a multa terá o valor 1000 UFIRs (mil Unidades Fiscais de Referência).

Como exemplo de direito assegurado a amamentação existe também a Lei Municipal de Goiânia nº 9.746/16 e Lei Estadual de Goiás nº 19.037/2015, assim fica determinado a Política Estadual de Aleitamento Materno instituir que todo estabelecimento assim considerado local fechado ou aberto, destinado ao comércio, cultura, lazer ou prestação de serviço público ou privado deve permitir o aleitamento materno, independentemente da existência das áreas segregadas para esse fim.

O que existe é um projeto de lei, em trâmite no Senado (PLS 514/2015), aprovado pelo plenário, que na data 20/03/2019 foi remetida à câmara dos deputados, idealizado pela senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB-AM), que garante o direito à amamentação em público, transformando em crime a sua violação, que também ensejará em indenização por danos morais à vítima. O que seria um grande avanço para garantir a segurança das mães amamentarem em espaço público sem serem importunadas revelando-se uma demanda urgente para milhões de mães Brasil afora.

Em pesquisa realizada em maio de 2016 pela Revista dos Tribunais, constatou-se que 23% das mulheres sentem vergonha ou ficam incomodadas em amamentar em público, 6% acham que não devem fazê-lo, e 33,83% das mães disseram ter sofrido algum tipo de constrangimento por terem amamentado em lugares públicos.

A realidade apresentada hoje exhibe um percentual no qual 47,5 % das mães brasileiras enfrentam críticas ou preconceitos por amamentar em público, 23,8 % em aeroportos e rodoviárias, 23,8% em shoppings e supermercados e 9,1 % em restaurantes, conforme pesquisa realizada Global Lansinoh em 2015, apresentada na matéria de autoria da Liz Ribeiro Diaz no ano 2018 .Situções de constrangimento em ambientes públicos levantam o questionamento para quem são os espaços públicos, já que são lugares que deveriam propiciar lazer, liberdade, recreação, convivência para a população, portanto, visualiza-se a necessidade de um regime jurídico que assegurem essas mães de amamentar seus filhos sem que sejam constrangidas de ambientes públicos ou privados.

Diversos são os casos noticiados na tv e internet, um dos casos de muita repercussão foi o acontecido no Museu de Imagem e Som (MIS), em São Paulo, quando uma mãe que visitava uma exposição com a filha de sete meses foi convidada a se retirar para amamentar em "local mais reservado". No momento em que a mãe se recusou, o segurança e um monitor a abordaram dizendo que naquele museu não era permitido amamentar.

O aleitamento é ato livre e discricionário entre mãe e criança. O direito à amamentação deve ser assegurado independentemente da existência de locais, equipamentos ou instalações reservadas para esse fim, cabendo unicamente à lactante a decisão de utilizá-los.

4. Considerações finais

A organização Mundial da saúde (OMS), entende que o leite materno é extremamente fundamental para o desenvolvimento saudável da criança, deste modo, a amamentação deve transcorrer o período de no mínimo 6 meses, tendo seu início logo após o nascimento do bebê, isso significa que a lactante deve oferecer de maneira exclusiva e integral o seu leite como alimento de seu filho.

O aleitamento materno, praticado pelas mulheres brasileiras foi instituído e incentivado pelas autoridades sanitárias de maneira que hoje 95% das crianças nascidas no Brasil recebem o leite materno como alimento desde os primeiros minutos de vida, e mesmo com todas as campanhas de estímulo a amamentação, muitas mulheres se sentem envergonhadas desta prática em ambiente público, havendo neste caso um desafio quanto a desconstrução dos paradigmas socioculturais e manutenção dos seus direitos fundamentais.

Está comprovado que aleitamento materno (AM) traz consigo uma série de benefícios tanto para a criança, quanto para a mãe, proventos este de conhecimento e comprovação científica. O valor nutricional, a proteção imunológica e o menor risco de contaminação contribuem para a redução da morbimortalidade infantil por diarreia e por infecção respiratória; evidência crescente também sugere que a amamentação pode proteger contra o excesso de peso e diabetes mais adiante na vida (VICTORA et al., 2016). A amamentação promove, ainda, adequado desenvolvimento da cavidade oral, resultado do exercício que a criança faz para retirar o leite da mama (GIUGLIANI, 2000). Há também evidências de que a amamentação está associada ao melhor desempenho em teste de inteligência, repercutindo

em maiores níveis de escolaridade e maior renda na idade adulta. (VICTORA et al., 2016).

A exclusividade no aleitamento materno a partir dos primeiros dias de vida da criança é de imprescindível relevância para que o bebê cresça sadiamente, dentre as benfeitorias que leite materno oferece para a criança pode-se destacar que ele tem atuação como imunizador natural, fortalece as defesas corporais e anticorpos da criança, e promove um amadurecimento psicológico e motor do indivíduo, vale lembrar que a amamentação faz o estreitamento da relação pessoal e corporal da mãe para com seu filho, sendo criado um vínculo materno de amor e cuidado.

Já para a mãe, o simples ato de amamentar, pode dá uma proteção a mulher de caráter atemporal contra supostos e futuros câncer de mama e ovário, bem como traz vantagens no tocante ao retardamento do regresso a fertilidade e a enfraquecimento uterino.

Contudo o papel da família e do estado é de fundamental importância, no sentido de garantir a proteção essencial para o cumprimento do aleitamento materno em tempo ideal para o bom desenvolvimento da saúde da criança.

O direito à amamentação, portanto, vai muito além de um direito social, como também é visto e caracterizado como direito fundamental a vida humana, a alimentação a saúde, e de modo especial e absoluto é um direito da criança, sendo dever das instituições governamentais a defesa, garantias e manutenção destes, desta forma, é extensivo aos demais direitos humanos tal como qualifica o princípio da dignidade humana.

Referências

BOSI, Maria. *Amamentação: um resgate histórico*. 2005. 9 pg. CADERNOS ESP. Disponível em: http://www.aleitamento.com.br/upload%5Carquivos%5Carquivo1_1688.pdf. Acesso, 15 maio 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao. Acesso em: 3 Abril, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. *Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 10 MAI 2020.

BRASIL. TRT, 14^o Tribunal Regional do Trabalho da 14^a Região, *Processo N^o 0000039-66.2018.5.14.0061*. Relator: SHIKOU SADAHIRO. Jus Brasil, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/188198356/processo-n-0000039-6620185140061-do-trt-14?ref=juris-doc>. Acesso em: 6 de jun. de 2020.

CARVALHO, MR; TAMEZ, R. *Amamentação*: bases científicas para a prática profissional. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

DIAZ, Liz. *A amamentação em espaço público*: um direito da mulher e da criança. 19 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/humanista/2018/11/19/amamentacao-em-espaco-publico/>. Acesso, 19 maio 2020.

DINIZ, Ema; VINAGRE, RD. *O leite humano e sua importância na nutrição do recém-nascido prematuro*. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2001

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e Técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas S.a, 2008.

HENCK, Roberto. *O direito de amamentar e ser amamentado*. 04 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.aleitamento.com/direitos/conteudo.asp?cod=1242>. Acesso, 15 maio 2020.

ICHISATO, SMT, Shimo AKK. Revisando o desmame precoce através de recortes da história. *Rev Latino-am enfermagem*. 2002 julho-agosto; 10 (4): 578-85 In Filosofia da Vida, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1956 P. 146

LIMA, Isabel Maria; LEÃO, Thiago Marques; ALCÂNTARA, Miriã Alves. “Proteção legal à amamentação, na perspectiva da responsabilidade da família e do estado no Brasil”. São Paulo. 22/12/2011. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/75649>. Acesso, 30 maio 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, BRASÍLIA, 2017. Disponível EM: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/bases_discussao_politica_aleitamento_materno.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

NEVES, Marcia. *A amamentação - Um Direito que ultrapassa os limites da lei*. Revista dos Tribunais 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.967.10.PDF. Acesso em: 11 abr. 2020.

PRIORE, MD. *História das mulheres no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Contexto; 1997.

SÃO PAULO. *Lei n° 16.16, de 14 de abril de 2015*. Dispõe sobre o direito ao aleitamento materno no Município de São Paulo, e dá outras providências. Diário Oficial da cidade de São Paulo, Disponível: <http://www.docidadesp.imprensaoficial.com.br/NavegaEdicao.aspx?ClipId=5TOMFLR4MU03Me6H5Q1HPCoILRH>. Acesso em: 10 maio 2020.

VICTORA, C. G. et al. Association between breastfeeding and intelligence, educational attainment, and income at 30 years of age: a prospective birth cohort study from Brazil. *The Lancet Global Health*, [S.l.], v. 3, n. 4, p. e199-e205, 2015.

O Sistema Penitenciário Brasileiro e sua relação conflitante com os Direitos Humanos

*Fernanda Santana Rodrigues*¹

*Hewldson Reis Madeira*²

1. Introdução

Com 726 mil detentos, o Brasil é o terceiro país do mundo com maior número de presos, segundo dados do Ministério da Justiça recolhidos em 2017, para o total de 368 mil vagas disponíveis, provocando assim a superlotação. Outro grande problema que também acarreta a superlotação dos carceres é que 40% dos presos são provisórios no aguardo de uma sentença, segundo dados da ANADEP (associação nacional de defensores públicos), não existem defensores públicos em 72% das comarcas do país. Portanto, o problema se vê agravado pela falta de funcionários.

Cada presidiário custa para o Estado em torno de 1500 reais, com a falta de verba para tantas pessoas, são as famílias dos presos que arcam

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). E-mail:

² Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/ALFA, 2019). Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade de Taubaté (UNITAU/SP, 2013), Pós graduado em Políticas em Educação do Ensino Superior pela Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST/MA, 2014); Especialista em Direito Penal e Processo Penal (UGF/RJ, 2010), Graduado em Direito pela Faculdade de Imperatriz (FACIMP/MA, 2008). Atualmente é professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST) e da Faculdade de Imperatriz (Wyden/FACIMP). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST). Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - "Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais". Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. Desenvolve suas atividades acadêmicas na área do Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, com ênfase na Constitucionalização do Direito de Punir do Estado. E-mail: hewldson@hotmail.com

com os custos de alimentação e vestuário dos detentos. Para especialistas, a atual configuração dos presídios brasileiros mostra a ausência do Estado no interior das unidades. Como exemplo para as unidades brasileiras, a União Europeia impõe uma série de princípios para as prisões dos seus estados-membros. Os presos têm seu próprio espaço e chuveiro. Têm privacidade. As condições são muito similares às que se têm na vida exterior. Isso é importante para ressocializar e combater a subcultura criminosa nas cadeias.

As prisões devem ter como finalidade recuperar e ressocializar o indivíduo preso. Entretanto, o Brasil, a porcentagem dos presos que estudam é de apenas 11% e somente 25% realizam algum tipo de trabalho interno ou externo.

As péssimas condições dentro das unidades, a superlotação, as situações de tortura e maus-tratos é um acesso para a violência. O artigo 88 da lei nº 7.210,11 de Julho de 1984, exterioriza que “o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório”, mas a realidade é bem diferente, os presos dormem uns sobre os outros, geralmente em redes e até mesmo no chão, em alguns presídios do Brasil, os banheiros ainda são somente buracos no chão, chamados de “boi”. Desta forma, vemos que existe uma lei positivada, mas sem nenhuma eficácia.

Como forma de amenizar a violência e as situações insalubres das cadeias o cumprimento da lei de execuções penais de forma correta seria uma solução. Quando o Estado está ausente, há uma lacuna para toda a sociedade. A lei diz que o preso com ensino incompleto tem de estudar (apenas 11% estuda) e que o preso condenado é obrigado a trabalhar e aprender um ofício (25% dos presos brasileiros realizam algum tipo de trabalho interno ou externo), pensando na possibilidade de se reintegrar à sociedade. Estimular o contato dos detentos com suas famílias e com a comunidade, trabalho digno, capacitação profissional e assistência jurídica eficiente. Essas são algumas das características de prisões consideradas modelo para o nosso país, que se encontra em uma situação precária.

Logo, essas características estão sendo tratadas pelas autoridades como possíveis soluções para os problemas do sistema penitenciário brasileiro.

2. A história das prisões no Brasil

Até 1830 o Brasil ainda não tinha um próprio código penal, sujeitava-se as ordenações Filipinas por ainda ser colônia portuguesa. No mesmo ano, com o código criminal do império, a pena de prisão é introduzida no Brasil em duas diferentes formas: a prisão simples e a prisão com trabalho que poderia ser perpetua. No mais ainda se manteve as penas de morte e de galés.

No Brasil as penitenciárias ainda eram precárias e sofriam de variados problemas, em 1828 a Lei Imperial de 1º de outubro cria as Câmaras Municipais e, entre suas atribuições, têm em seu art. 56 o seguinte:

“Art. 56. Em cada reunião, nomearão uma comissão de cidadãos probos, de cinco pelo menos, a quem encarregarão à visita das prisões civis, militares, e eclesiásticas, dos cárceres dos conventos dos regulares, e de todos os estabelecimentos públicos de caridade para informarem do seu estado, e dos melhoramentos, que precisam”.

Essas comissões debatiam sobre o sistema precário que o país vivenciava e as formas de melhoria dos estabelecimentos. Os relatórios dos anos seguintes apresentavam, em sua maioria, a mesma realidade já apresentada, criticando a precariedade dos estabelecimentos prisionais, constando ofensa clara à Constituição de 1824, que trazia instituições prisionais “limpas, seguras e bem arejadas...”, no relatório de 1841 a comissão já tratava a Cadeia como uma “escola de imoralidade pelas autoridades, paga pelos cofres públicos”.

A comissão desse ano apresenta um olhar mais crítico, trazendo sugestões para a futura Casa de Correção de São Paulo (inaugurada em 1852) assim como propostas imediatas, como tirar daquele ambiente os presos considerados “loucos”, a separação dos demais presos por ambientes e a melhoria na higiene e na alimentação.

Nessa mesma época o Brasil analisava como eram organizadas as penitenciárias estrangeiras, principalmente da Filadélfia e de Álbum, pois nos anos de 1850 e 1852, as casas do Rio de Janeiro e de São Paulo seriam inauguradas. Ademais as casas foram influenciadas pelo estilo panóptico de Jeremy Bentham, O Brasil tinha como preocupação criar um ambiente favorável para o cumprimento das penas que o código de 1830 esclarecia (prisão simples e prisão com trabalho).

Destes pequenos trechos da história prisional podemos perceber quão lentamente se deram todas as mudanças relevantes para a melhoria do sistema carcerário e como surgiram as tentativas de transformar este objeto de exclusão social, como era utilizado no princípio, em um método de recuperação e ressocialização, que até hoje se apresenta extremamente deteriorado.

3. A precariedade das unidades penitenciárias

O Brasil como Estado democrático de direito, tem como elemento base a dignidade da pessoa humana, respeitando assim a cada cidadão, não prejudicando sua vida, seu corpo e sua saúde. A dignidade é algo inerente ao ser humano, um direito que não pode ser omissivo, em virtude de sua própria natureza. “Até o mais vil, o homem mais detestável, o criminoso mais frio e cruel é portador desse valor. (GRECO,2011,p.99).

A nossa constituição federal, de maneira explícita, dispõe em seu art.5º XLIV, o seguinte: “é assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral”, assegurando dessa forma, o respeito a dignidade, além de elencar outras garantias. No Brasil é vedada a aplicação ou a execução de pena, bem como de qualquer outra medida que atente contra a dignidade humana. Porém, é notório que este princípio é desrespeitado diversas vezes pelo próprio estado que trata o detento como um objeto, através dos maus tratos, da falta de assistência material, assistência médica e jurídica, e ainda a ausência de trabalho e educação nos presídios brasileiros.

Outro Problema evidente nas unidades, é a superlotação, os estabelecimentos prisionais encontram-se com o número de presos maior do que realmente suportam, no mais conclui-se que a superlotação é a base de onde surgem todos os outros problemas nos presídios. Além da falta de estrutura, é gerado um tratamento inteiramente desumano, aumentando assim a violência entre os próprios presos, aumentado dessa forma também as tentativas de fuga, e nem mesmo os próprios agentes penitenciários conseguem controlar a situação e se tornam refém do próprio sistema.

“A nossa realidade é arcaica, os estabelecimentos prisionais, na sua grande maioria, representam para os reclusos um verdadeiro inferno em vida, onde o preso se amontoa a outros em celas sujas, úmidas, anti-higiênicas e superlotadas, de tal forma que, em não raros exemplos, o preso deve dormir sentando, enquanto outros revezam em pé.” (Coelho, 2003, p.1, texto digital)

Portanto ressalta-se como suma importância que, além de afrontar e denegrir a integridade moral e física do preso, a superlotação contribui para o aumento da violência entre eles, leva a atos de vandalismo e é a principal razão para iniciais rebeliões prisionais.

4. A ressocialização do apenado

As prisões no Brasil têm como objetivo principal punir o cidadão que violou a lei, e logo depois reintegrá-lo a sociedade, oferecendo assim a ele condições para que ele consiga se regenerar, e desta forma não voltar mais a praticar crimes . Infelizmente a nossa sociedade é cercada de preconceitos, logo se torna um desafio para o detento ao sair da prisão se reintegrar a sociedade. Conforme destaca Rogério Greco (2011, p.443):

“Parece- nos que a sociedade não concorda, infelizmente, pelo menos a primeira vista com a ressocialização do condenado. O estigma da condenação, carregado pelo egresso, o impede de retornar ao normal convívio em sociedade”.

A APAC- Associação de proteção e assistência aos condenados, desenvolve um trabalho de recuperação e reintegração social do condenado, as APAC'S são unidades prisionais que possuem um método de execução penal baseado na valorização humana para recuperação do detento.

“Os pilares que fundamentam o método são a participação da comunidade, a participação ativa do recuperando, o trabalho, a religião, a assistência jurídica e à saúde, a valorização humana, a família, o voluntariado e sua formação, o Centro de Reintegração Social e o mérito.”

(APAC Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, Curitiba, 2012).

A APAC é só um exemplo, entre outras formas existentes no Brasil, que ajudam na educação, dignidade e humanidade para que esses indivíduos tenham chance de se reintegrar na sociedade.

Há vários métodos para reintegração do preso, o estudo dentro do presídio é uma delas, o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto pode diminuir um dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar. A leitura também é outro meio de reintegração do detento. Conforme, a recomendação n. 44 do CNJ, deve ser estabelecida a remição pela leitura como meio de atividade complementar, especialmente para apenados aos quais não sejam assegurados os direitos ao trabalho, educação e qualificação profissional. Para isso, há necessidade de elaboração de um projeto por parte da autoridade penitenciária estadual ou federal visando à remição pela leitura, assegurando, entre outros critérios, que a participação do preso seja voluntária e que exista um acervo de livros dentro da penitenciária.

É essencial que as prisões tenham condições de ressocializar o detento que está nela inserido, no mais não existindo poderá trazer como consequência práticas para esses indivíduos e para a sociedade, de acordo com estudos já realizados e através do que se pode observar pelo dia a dia, no que diz respeito à reincidência, à dificuldade de inserção social e profissional do detento, à separação familiar que acontece geralmente quando

uma pessoa da família está presa e outros pontos problemáticos, são graves tanto para as pessoas encarceradas como para a sociedade.

5. Considerações finais

Verificando a situação carcerária e as violações a que os presos estão submetidos chega-se a conclusão de que o sistema prisional brasileiro precisa urgentemente de uma grande reforma em todos seus aspectos, pois está cada vez mais precário, ficou claro que as violações ocorrem de diversas maneiras, desde a estrutura dos estabelecimentos até a demora judicial em julgar processos de presos cautelares, o que acaba contribuindo com a super lotação.

Vê-se que as condições das selas são absolutamente desumanas e precárias, contribuindo assim para a manifestação de diversas doenças e ocorrência de vários tipos de violência, como física, sexual e psicológica.

Dessa forma, Cria-se um ambiente favorável à reincidência, na medida em que o preso passa a conviver dentro de um estabelecimento em condições desumanas, totalmente deixado de lado pelas políticas públicas e sem qualquer esperança quando adquirir novamente a liberdade.

A reforma necessita ser ampla, desde a prisão do delinquente, passando por seu tratamento nas áreas de assistência material, médica e judiciária, até sua saída. O papel do Judiciário é fundamental, necessitando que haja ampliação no número de Varas Penais, magistrados, promotores, defensores.

Como ficou demonstrado, a superlotação, que é um fator de violação aos direitos humanos e forte incentivador da reincidência, encontra, dentre outras, sua justificativa na demora processual, já que é alto o número de presos sem julgamento.

É de extrema importância que o Brasil tome alguma iniciativa de forma prática no sentido de diminuir tais violações aos direitos humanos dos detentos, na medida em que o próprio ordenamento brasileiro, bem como os tratados internacionais, confere tais garantias aos encarcerados.

Além disso, é necessário que haja uma mudança de mentalidade na sociedade como um todo, devendo-se abandonar a ideia de pena retributiva e o preconceito para com o cidadão que acabou de sair da penitenciária, muitas vezes essa mentalidade dificulta até mesmo o detento de se ressocializar novamente.

A nossa constituição de 1988 trouxe muitas garantias aos brasileiros, e dessa categoria não estão excluídos os reclusos. Contudo, há que se reconhecer que direitos que vão além do direito à liberdade, estão sendo gravemente desrespeitados, tais como o direito à vida, à saúde, à integridade física, à assistência material. Cabe, a partir disto, refletir-se a quem interessa manter os apenados brasileiros nas condições degradantes em que se encontram.

Deve-se, promover a implantação de estratégias que reduzam os índices de reincidência, tais como o método APAC, que tem demonstrado a eficácia de se dispensar uma maior atenção ao presidiário, especialmente ao egresso do sistema prisional, aliando esforços do estado, da família, da população e do próprio preso, que passa a vislumbrar uma inserção plena, ao sair da prisão.

É fundamental, estimular a visita de grupos de apoio, inclusive religiosos, dentro das cadeias, já que este trabalho promove a mudança de mentalidade e transformação de vida dos detentos, que passam a cultivar elementos espirituais e emocionais.

Para que se diminuam os índices de reincidência, é necessário trabalhar no sentido de transformar o egresso. Conforme demonstrado, tal tarefa não é impossível. É necessário que a ideia do cárcere como pena paralela seja descartada, e que seja efetivo o acompanhamento de cada preso. Ademais, os agentes estatais devem trabalhar como garantidores dos direitos dos presos, e não o contrário. É imperioso que a sociedade acredite na possibilidade de inverter o atual quadro, onde os números da violência aumentam em progressão geométrica.

Desencadear uma espécie de guerra contra os detentos seguramente não resolve o problema. Tratar os ativistas dos direitos humanos como

tutores de assassinos, também não. O que se pode está fazendo é cumprir as diretrizes dos direitos humanos, para com todas as pessoas independentemente de sua atuação social. Contudo deve-se assim haver um conjunto de esforços no sentido de garantir ou tentar através de políticas públicas a ressocialização do preso, além de garantir o tratamento humanitário aos detentos.

Referências

ENTENDENDO o básico para opinar sobre a crise no sistema penitenciário brasileiro.

JUSTIFICANDO, Mentis Inquietas pensam Direito. 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/05/30/entendendo-o-basico-para-opinar-so-bre-a-crise-no-sistema-penitenciario-brasileiro/>>. Acesso em: 26 de dez de 2019.

SISTEMA carcerário brasileiro: problemas e soluções. JUS.com.br, 2018. Disponível em: < . Acesso em Acesso em: 26 de dez de 2019.

A REALIDADE atual do sistema penitenciário brasileiro. Direito Net. 2007. Disponível em: < . Acesso em: 26 de dez de 2019.

SETTE, Paulo. A Política Carcerária e a Segurança Pública. Rev. bras. segur. pública | São Paulo. Ano 1. Edição 1, n. 2, p. 64-70. Fev/2020.

GODOI, Rafael. Para uma reflexão sobre os efeitos sociais do encarceramento. Rev. Bras. Segur. Pública | São Paulo. Ano 5. Edição 8, p. 138-154. Fev/2020.

A REALIDADE do sistema prisional brasileiro. Meu artigo/Brasil escola. Disponível em: <<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/brasil/a-realidade-sistema-prisional-brasileiro.htm>> acesso em:26 de Jan de 2020.

Violência doméstica e familiar: incidência da Lei Maria da Penha e suas principais consequências prejudiciais ao réu

*Amanda Iussf Jabour Ferraz*¹

*Hewldson Reis Madeira*²

1. Introdução

Durante muitos séculos, a família era patriarcal e a mulher vivia em estado de sujeição em relação ao marido. Esse desequilíbrio - causado pelo arraigado paradigma de superioridade do homem em relação à mulher - cumulado com a omissão estatal resultava em inúmeras formas de violência à integridade física e/ou moral da mulher, haja vista ser a pessoa mais vulnerável do relacionamento.

A violência contra a mulher é um fenômeno social que atinge todas as classes da sociedade como consequência da tradicional definição de

¹ Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Faculdade de Imperatriz - FACIMP/WYDEN, amanda.jabour@hotmail.com

² Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/ALFA, 2019). Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade de Taubaté (UNITAU/SP, 2013), Pós graduado em Políticas em Educação do Ensino Superior pela Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST/MA, 2014); Especialista em Direito Penal e Processo Penal (UGF/RJ, 2010), Graduado em Direito pela Faculdade de Imperatriz (FACIMP/MA, 2008). Atualmente é professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST) e da Faculdade de Imperatriz (Wyden/FACIMP). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST). Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - “Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais”. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. Desenvolve suas atividades acadêmicas na área do Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, com ênfase na Constitucionalização do Direito de Punir do Estado. E-mail: hewldson@hotmail.com

gênero, sendo a mulher simbolizada pela fragilidade do âmbito doméstico e familiar, enquanto o homem é personificado como provedor e protetor da família. Desta forma, geralmente, a violência contra a mulher é perpetrada dentro de sua casa pelo seu parceiro.

Com o recrudescimento desenfreado da violência doméstica e familiar contra a mulher, começou um movimento de criação de vários mecanismos visando à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, como, por exemplo, no âmbito internacional, a Convenção de Belém do Pará, e, no âmbito da legislação pátria, a Lei 11.340/06 – conhecida como Lei Maria da Penha.

Tendo em vista a relevância da lei em epígrafe para a prevenção e punição da violência contra a mulher, o presente trabalho tem a finalidade de apontar quais as hipóteses de incidência da Lei Maria da Penha bem como as principais consequências prejudiciais ao réu.

A discussão da aplicação da Lei Maria da Penha nos diversos grupos da sociedade é de suma importância para conscientizar as pessoas das consequências nocivas que a violência doméstica e familiar traz para todos os envolvidos, principalmente para a vítima.

A metodologia utilizada no presente trabalho para se chegar ao objetivo proposto foi qualitativo, método exploratório e descritivo de documentos legais, doutrinas, e jurisprudências acerca do assunto aqui abordado.

Para alcançar o seu objetivo central, este artigo encontra-se organizado em 6 (seis) capítulos, sendo esta introdução o primeiro deles. No Capítulo 2, é apresentado o contexto histórico da relação familiar, com destaque para o estado de sujeição em que a mulher vivia e a omissão estatal frente à violência doméstica e familiar. No Capítulo 3, aprofunda-se a análise da violência doméstica e familiar contra a mulher, com a conceituação das diversas formas de violência, e aprofundamento da violência patrimonial. Os requisitos caracterizadores da violência doméstica e familiar previsto na Lei 11.340/06 serão abordados no Capítulo 4. O conteúdo do Capítulo 5 analisa as principais consequências prejudiciais ao réu sob a

ótica da lei em apreciação. E, por fim, no Capítulo 6, são apresentadas as considerações finais.

2. Contexto histórico da relação familiar

Por muitos séculos, a família era hierarquizada e o homem exercia um poder irrestrito sobre os filhos e a mulher. O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves dispõe que:

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido. (GONÇALVES, 2020, p. 30)

No mesmo sentido, Pietro Congliolo afirma que:

As mais antigas tradições de nossa raça ariana, as narrações bíblicas e de Homero, as mais remotas lembranças históricas tinham firmado, entre nós, comum e inconcussa opinião de que a família primitiva surgiu organizada em patriarcado, isto é, num sistema de mulheres, filhos e servos, sujeitos todos ao ilimitado poder do pai. (AZEVEDO, 2019, p. 29)

Isso porque, acentua esse autor italiano:

As mais antigas sociedades são inspiradas no respeito e no medo pelo homem sadio mais forte, e todo homem forte na luta pela existência é impelido pelo zelo sexual e se apodera da mulher com exclusão dos outros: a promiscuidade dos sexos e a poliandria são, pois, pouco verossímeis, ainda mesmo junto aos homens primitivos. (AZEVEDO, 2019, p. 29)

Nesse contexto de subordinação da estrutura familiar hierarquizada e patriarcal, a mulher era vista como um objeto de propriedade do marido, podendo ser vítima das diversas formas de violência, e o Estado não podia intervir, haja vista que o homem era detentor do poder familiar.

Nas palavras de Paulo Lôbo (2020, v. 5, p. 19-20) “a família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inseriu paradigmas diametralmente opostos ao estado de sujeição, dedicando um capítulo para disciplinar postulados fundamentais acerca da relação familiar, como, por exemplo, a igualdade entre homens e mulheres na condução da sociedade conjugal, consoante o artigo 226, § 5º “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Desta forma, a mulher passou a ter um papel importante, tanto na relação familiar, quanto na sociedade, levando o declínio da cultura arraigada do machismo, onde vários países começaram a voltar-se para elaboração de políticas públicas voltadas para o combate e prevenção de violências familiares contra a mulher.

No Brasil, a Lei Maria da Penha é um exemplo de instrumento voltado à coibição e à prevenção de violência doméstica e familiar contra a mulher vulnerável da relação. Além de estabelecer um tratamento mais enrijecido ao réu, prevê medidas protetivas de urgência que visam a proteção da integridade física e/ou moral da vítima.

3. Espécies de violência doméstica e familiar previstas na Lei 11.340/06

A Lei Maria da Penha contempla um rol numerando cinco formas de manifestação da violência contra a mulher, por ser uma lei que restringe direito de liberdade do imputado, há divergência na doutrina se esse rol é taxativo ou exemplificativo por causa da expressão “entre outras”.

Estabelece o artigo 7º da Lei 11.340/06, *in verbis*:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Fábio Roque, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar esclarece que:

Por Violência física deve-se entender a conduta omissiva ou comissiva, ofensiva à integridade ou à saúde corporal da mulher. É o caso de ação ou omissão que provoque lesões internas, externas ou ambas, caracterizando-se pela *vis corporalis*.

A violência psicológica, por sua vez, é de ser considerada qualquer ação ou omissão que ocasiona dano emocional ou redução da autoestima feminina. Também se insere nessa classe a conduta que prejudique e perturbe o completo desenvolvimento feminino, assim como a que tenha o objetivo de degradar ou de controlar suas ações, crenças e decisões.

A violência sexual consiste em obrigar a mulher a manter contato sexual, com o agressor ou com terceira pessoa, mediante contato físico ou verbalmente.

São também os casos de relações sexuais mantidas com emprego de força, coerção, intimidação, chantagem e suborno.

A violência patrimonial aponta a existência de dano de objetos, em face da conduta do imputado. Nela se acomoda qualquer ação ou omissão que configure retenção (apropriação indébita, estelionato), subtração (furto, roubo), destruição total ou parcial de seus bens (dano).

Por último, a violência moral indicada pela lei especial é conducente a ofensa à honra da mulher, cometida imputado. As diversas formas possíveis, via física ou via eletrônica, inclusive por intermédio de mensagens de texto, configuram, como regra, delitos de injúria, calúnia e difamação. (ROQUE; TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 1039 a 1041).

Para Ricardo Andreucci:

Preocupou-se o legislador, sabiamente, com a tutela dos vulneráveis, estabelecendo o princípio da proteção integral também a mulher submetida à violência doméstica e familiar, que, agora, encontra-se protegida sob o aspecto patrimonial e dos direitos da personalidade (integridade física, moral, espiritual e intelectual). (ANDREUCCI, 2019, p. 1028).

Como menciona Alice Bianchini:

Cinco são as formas de violência mencionadas expressamente na Lei: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. O rol é meramente ilustrativo, visto que o dispositivo faz menção a expressão “entre outras”. Nem todas elas, entretanto, constituem uma agressão à constituição física da pessoa. Percebe-se, então, que a Lei Maria da Penha, ao mesmo tempo em que restringe o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, igualmente o amplia. A restrição decorre do fato de que nem toda violência contra a mulher encontra-se abrangida no âmbito de proteção da Lei Maria da Penha (somente a baseada no gênero e desde que praticada no contexto doméstico ou familiar ou em uma relação íntima de afeto); a ampliação, por seu lado, dá-se em relação ao sentido da palavra *violência*, o qual é utilizado para além daquele estabelecido no campo do direito penal. É o que ocorre quando, por exemplo, a Lei Maria da Penha elenca, como violência patrimonial, a destruição de documentos pessoais da mulher pelo agressor (art. 7º, IV). (BIANCHINI, 2014, p. 40).

É importante ressaltar que na violência patrimonial há celeuma em relação à aplicabilidade dos artigos 181 a 183 (imunidade absoluta,

imunidade relativa e exclusão de imunidade, respectivamente) do Código Penal quando o sujeito passivo for mulher no âmbito da relação doméstica e familiar, porque a Lei Maria da Penha não faz a mesma menção de exclusão de incidência como fez o Estatuto do Idoso.

Leciona Guilherme de Sousa Nucci acerca dos artigos 181 a 183 do Código Penal:

Imunidade é um privilégio de natureza pessoal, desfrutado por alguém em razão do cargo ou da função exercida, bem como por conta de alguma condição ou circunstância de caráter pessoal. No âmbito penal, trata-se (art. 181) de uma escusa absolutória, condição negativa de punibilidade ou causa pessoal de exclusão da pena. Assim, por razões de política criminal, levando em conta motivos de ordem utilitária e baseando-se na circunstância de existirem laços familiares ou afetivos entre os envolvidos, o legislador houve por bem afastar a punibilidade de determinadas pessoas. Cuida-se de imunidade absoluta, porque não admite prova em contrário, nem possibilidade de se renunciar à sua incidência. O art. 182 trata dessa hipótese e exige que a vítima do crime ofereça representação, legitimando o Ministério Público a agir, ingressando com ação penal, ou mesmo autorizando a mera instauração de inquérito policial pelo delegado. Trata-se, pois, de ação pública condicionada. (NUCCI, 2019, Pág. 1102).

Devido ao silêncio da lei, surgem duas vertentes doutrinárias em torno da incidência dos artigos 181 e 182 do Código Penal. A primeira sustenta a continuidade da aplicação das imunidades absolutórias e relativas, argumentando a vedação de analogia *in malam partem* na omissão legislativa. Já a segunda entende que as imunidades não se aplicam aos crimes que há incidência da Lei Maria da Penha, por se tratar de uma lei cuja finalidade é a proteção da mulher vulnerável.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca dessas imunidades através de decisão da Quinta Turma, no Recurso em Habeas Corpus nº 42.918/RS, relatado pelo Ministro Jorge Mussi – julgado em 05/08/2014 – DJe 14/05/2014. Na ocasião se discutia o caso de um homem acusado de estelionato em desfavor da esposa, que pleiteava a aplicação da escusa absolutória do Art. 181, I, do Código Penal. O Tribunal exarou

precedente no sentido de entender aplicável a imunidade do artigo 181, do Código Penal.

4. Elementos caracterizadores da violência doméstica e familiar

Para conceituar violência doméstica e familiar contra a mulher é imprescindível trazer a baila o artigo 5º da Lei Maria da Penha, haja vista apresentar os elementos formadores desse tipo de violência.

Segundo dispõe Fábio Roque, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

O art. 5º, da Lei Maria da Penha, apresenta os elementos que formam o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher. O conceito, sendo difuso, deve ser definido a partir da interpretação teleológica ordenada pelo mesmo diploma legal e com atenção aos limites consignados no ordenamento jurídico (legislação e Constituição). (ROQUE; TÁVORA; ALENCAR, 2019. Pág. 1033).

Preconiza o artigo 5º da Lei 11.340/06, *in verbis*:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Nas palavras de Ricardo Antônio Andreucci:

Preceituando que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos, a Lei n. 11.340/06 estabeleceu, no art. 5º, que configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. (ANDREUCCI, 2019, p. 1025).

No mesmo sentido, acerca da dispensabilidade de coabitação, a Súmula 600 do Superior Tribunal de Justiça “Para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima.”

Conforme Fábio Roque, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

A violência contra a mulher pode ser reputada como decorrente de conduta, omissiva ou comissiva, que promova discriminação, agressão ou coerção, podendo ser causa de limitação, dano, morte, constrangimento, sofrimento físico, moral, sexual, psicológico, político ou econômico, ou mesmo perda patrimonial. Ela pode ocorrer em locais particulares ou públicos. (ROQUE; TÁVORA; ALENCAR, 2019. Pág. 1039).

Afirma Alice Bianchini que “Além de a violência ter por base uma questão de gênero, há ainda outra exigência para que a Lei Maria da Penha tenha incidência: o contexto doméstico ou familiar da ação ou a existência de uma relação íntima de afeto (art. 5º). (BIANCHINI, 2014, p. 29).”

Enfatiza Alice Bianchini que:

O agressor conhece a situação privilegiada decorrente de uma relação de convívio, intimidade e privacidade que mantém ou tenha mantido com a vítima, aproveitando-se dela para perpetrar suas atitudes violentas. De fato, seguro

do controle do “seu” território, dificilmente exposto a testemunhas, o indivíduo violento aumenta seu potencial ofensivo, adquirindo a conformação de um assassino em potencial. Por essas especificidades, não se pode tratar indistintamente um delito que tenha sido praticado por um desconhecido e outro perpetrado por alguém de convivência próxima. (BIANCHINI, 2014, p. 30).

Consoante Ricardo Antônio Andreucci “a violência de gênero é uma das formas mais preocupantes de violência, já que, na maioria das vezes, ocorre do seio familiar, local onde deveriam imperar o respeito e o afeto mútuos. (ANDREUCCI, 2019, p. 1018).”

Desta forma, para caracterizar violência doméstica e familiar, é imprescindível observar, além da conduta omissiva ou comissiva baseada no gênero, as circunstâncias supracitadas, quais sejam: o crime deve ocorrer na unidade doméstica, essa hipótese leva em consideração o espaço físico em que foi praticada a conduta, pouco importa o vínculo familiar entre as pessoas envolvidas; o delito deve acontecer no âmbito familiar, essa hipótese dá ênfase à constatação de existência de laços familiares, e não ao espaço físico da prática delituosa; a última hipótese trata da relação íntima de afeto que independe de coabitação.

5. Consequências prejudiciais ao réu que a incidência da lei 11.340/06 ocasiona

É necessário tecer algumas observações a respeito da lei em apreciação, já que a Lei Maria da Penha é um repositório de normas que traz austeridade ao tratamento dispensado aos acusados de praticar crimes baseados no gênero no contexto doméstico e familiar.

Para o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, dispositivos da Lei Maria da Penha são constitucionais. Eis a epítome da argumentação dos votos mais pertinentes ao presente trabalho:

A ministra Rosa Weber disse que a Lei Maria da Penha “inaugurou uma nova fase de ações afirmativas em favor da mulher na sociedade brasileira”. Segundo ela, essa lei “tem feição simbólica, que não admite amesquinamento”. No mesmo sentido, o ministro Luiz Fux disse que a lei está em consonância com a proteção que cabe ao Estado dar a cada membro da família, nos termos do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal (CF).

O ministro Ricardo Lewandowski lembrou que quando o artigo 41 da Lei Maria da Penha retirou os crimes de violência doméstica do rol dos crimes menos ofensivos, retirando-os dos Juizados Especiais, colocou em prática uma política criminal com tratamento mais severo, consentâneo com sua gravidade.

O ministro Ayres Britto disse, em seu voto, que a lei está em consonância plena com a Constituição Federal, que se enquadra no que denominou “constitucionalismo fraterno” e prevê proteção especial da mulher. “A Lei Maria da Penha é mecanismo de concreção da tutela especial conferida pela Constituição à mulher. E deve ser interpretada generosamente para robustecer os comandos constitucionais”, afirmou. “Ela rima com a Constituição” (STF, 2012).

Dessa forma, as consequências que serão abordadas neste capítulo são constitucionais por terem natureza de ações afirmativas que visam prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em conformidade com instrumentos convencionais internacionais que visam tutelar mulheres com maior grau de vulnerabilidade.

Afirma a lei em análise no artigo 20 que “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.”

Nas palavras de Fernando Capez o conceito de prisão preventiva é definido como “prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores. (CAPEZ, 2020, p. 348).”

Afirma Nestor Távora e Rosmar Alencar que prisão preventiva “é a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda persecução penal, leia-se, durante o

inquérito policial e na fase processual. (TÁVORA; ALENCAR, 2018. Pág. 947)”

Depreende-se que a prisão preventiva é uma medida excepcional, podendo ser decretada somente quando presentes os requisitos legais. O artigo 313, III, do Código Processual Penal prevê o cabimento de prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher. Assim, a previsão do artigo 20 da Lei 11.340/06 e do artigo 313, III, do CPP é prejudicial ao réu por admitir a possibilidade de prisão preventiva.

A Lei em comento prevê medidas protetivas que obrigam o agressor e medidas protetivas de urgência à ofendida. O artigo 22 da Lei Maria da Penha estabelece aquelas medidas, *in verbis*:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI - comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação;

VII - acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

Dispõe Fábio Roque, Nestor Távora, Rosmar Alencar:

As medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor têm caráter penal e podem ser aplicadas de forma preparatória ou incidental relativamente ao

início da persecução penal. Como se destina, em tese, a proteger a pessoa afetada em seu direito fundamental, as formalidades inerentes à tutela cautelar podem ser afastadas para que se dê maior eficácia a direito fundamental da mulher, a exemplo da vida, da incolumidade física, do patrimônio e da liberdade.

As formas processuais servem para dar eficácia aos direitos fundamentais e, na colisão de direitos na esfera peculiar da relação doméstica e familiar, deve prevalecer aquele da pessoa em situação de maior vulnerabilidade, a fim de respeitar o critério isonômico. (ROQUE; TÁVORA; ALENCAR, 2019. Pág. 1069).

Observa-se que o artigo 22 da Lei Maria da Penha traz um rol de medidas cautelares diversas da prisão, algumas disposições se sobrepõem normativamente com as medidas cautelares diversas da prisão do art. 319, do Código de Processo Penal, como, por exemplo, o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; proibição de aproximação da ofendida, fixando limite mínimo entre esta e o agressor.

O não cumprimento de tais medidas acarreta o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência previsto no artigo 24-A da Lei 11.340/06.

Apregoa o artigo 41 da Lei Maria da Penha “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

O artigo supracitado gerou celeuma na doutrina pátria acerca da sua constitucionalidade. A primeira posição assegura que o artigo em comento é inconstitucional, porque afronta o disposto no artigo 98, I, da Constituição Federal, porque a competência dos juizados especiais é firmada pela natureza da infração, portanto, tem caráter absoluto. Já a segunda posição compreende pela constitucionalidade, visto que o legislador ordinário pode excluir a aplicação da Lei dos Juizados em casos específicos para assegurar a proibição da proteção deficiente.

A inaplicabilidade da lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais – gera inúmeras consequências prejudiciais ao réu em relação ao processamento e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo e das contravenções

penais, porquanto há o afastamento dos benefícios dos institutos despenalizadores, quais sejam composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo.

No mesmo sentido a Súmula 536 do STJ “a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.”

Em se tratando de violência doméstica e familiar é imperioso ressaltar, além da Súmula 588 do STJ “a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.”, a Súmula 589 do STJ “é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.”

Diante do exposto, averigua-se que a inaplicabilidade da lei 9.099/95 e a possibilidade de prisão preventiva para assegurar o cumprimento de medidas protetivas de urgência são, entre outras, as consequências prejudiciais ao réu mais graves.

6. Considerações finais

Pelo estudo do presente trabalho, foi possível observar a evolução da relação familiar, que a mulher, através de muitos movimentos em busca de garantir sua dignidade como pessoa humana, conquistou muitos direitos, apesar de alguns, como, por exemplo, sua integridade física e/ou psicológica no seio familiar serem violados constantemente por aqueles que deveriam protegê-las.

Ademais, através da identificação e conceituação das diversas espécies de violência doméstica e familiar previstas na Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, foram analisados os elementos necessários para caracterizar violência doméstica e familiar, apontando que para incidência da lei em comento, não basta o sujeito passivo ser do gênero feminino.

A lei em epígrafe ocasiona um tratamento enrijecido aos processos que tramitam sob o seu rito, porque visa assegurar proteção necessária a tutela do bem jurídico. Entre as consequências expostas, a mais prejudicial e controversa, é a inaplicabilidade da Lei 9.099/95, haja vista a perda dos benefícios dos institutos despenalizadores.

Referências

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**, volume único. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BIANCHINI, Alice. **Saberes Monográficos - Lei Maria da Penha**. 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340/06 de 07 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Diário Oficial da União de 08/08/2006. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, volume único, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva.2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil Brasileiro**, volume 5: direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, volume único. 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020.

ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Legislação Criminal**, volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

STF. Julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19. Ministro Rel. Marco Aurélio Mello. Julgado em 09/02/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199845>. Acesso em: 04 nov. 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

Acidentes de trânsito por embriaguez ao volante: dolo eventual ou culpa consciente?

*Leandro Martins Bandeira*¹

*Hewldson Reis Madeira*²

1. Introdução

Rotineiramente é noticiado pelas mídias tragédias envolvendo acidentes de trânsito, os quais por vezes são motivados por imprudência do condutor ou consumo de bebidas alcoólicas.

Nesse contexto, em 2018 foi realizada uma pesquisa em vinte e sete cidades pelo Ministério da Saúde, onde se constatou que 6,7% da população adulta admite conduzir veículo mesmo após o consumo de bebidas alcoólicas. Dentre os homens, 11,7% assumiram cometer este tipo de infração, enquanto a média feminina resultou em 2,5%.

Ademais, segundo a mesma pesquisa, no Brasil acontecem cerca de 40 mil mortes por acidentes automobilísticos anuais, onde a condução de

¹ Acadêmico do 10º Período da Faculdade de Educação Santa Teresinha - FEST.

² Doutor em Direito pela Faculdade Autónoma de Direito de São Paulo (FADISP/ALFA, 2019). Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade de Taubaté (UNITAU/SP, 2013), Pós graduado em Políticas em Educação do Ensino Superior pela Faculdade de Educação Santa Teresinha (FEST/MA, 2014); Especialista em Direito Penal e Processo Penal (UGF/RJ, 2010), Graduado em Direito pela Faculdade de Imperatriz (FACIMP/MA, 2008). Atualmente é professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), da Faculdade de Educação Santa Teresinha (FEST) e da Faculdade de Imperatriz (Wyden/FACIMP). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Educação Santa Teresinha (FEST). Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - “Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais”. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. Desenvolve suas atividades acadêmicas na área do Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, com ênfase na Constitucionalização do Direito de Punir do Estado. E-mail: hewldson@hotmail.com

veículos após a ingestão de bebidas alcoólicas foi classificada como a segunda causa de acidentes com vítimas fatais.

Por seguinte, a justificativa deste tema, dá-se pelas divergências nas decisões dos Tribunais Superiores, o qual foi aplicado o dolo eventual a acidentes de trânsito.

A sensação de impunidade diante de acidentes de maior gravidade levou a população e a mídia a cobrar do judiciário pátrio medidas urgentes, o qual por vezes, foi aplicado o dolo eventual sem a devida análise sobre o elemento subjetivo que envolve o caso concreto. O objetivo deste trabalho é compreender as decisões dos Tribunais Superiores, bem como as divergências doutrinárias que gravitam a respeito da aplicação do dolo eventual aos acidentes em que ocorrem vítimas fatais, onde por vezes é aplicado o referido elemento em detrimento da culpa (direta) ou mesmo da culpa consciente.

A metodologia adotada no presente trabalho, parte da análise bibliográfica, qualitativa e documental, a qual busca compreender a aplicação dos elementos dolo eventual e culpa consciente nos acidentes de trânsito, suas especificidades e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Dessa forma, para se alcançar o objetivo proposto deste trabalho, será tratado inicialmente sobre a evolução histórica da legislação de trânsito brasileiro. Em seguida, será estudado o atual Código de Trânsito, as modificações advindas na sua vigência com o advento da Lei 11.705/2008 (lei seca), sua aplicação em determinadas condutas e em alguns crimes de trânsito em espécie dispostos no referido código. Por fim, serão analisados os elementos dolo eventual e culpa consciente, sua aplicação nos acidentes de trânsito, bem como as decisões dos Tribunais Superiores quando o tema é acidente de trânsito no Brasil.

2. Evolução histórica da legislação de trânsito no Brasil

No presente trabalho, será analisada a aplicação dos elementos do dolo eventual e culpa consciente nos acidentes de trânsito no Brasil,

ocasionados por embriaguez ao volante. No entanto, antes de adentrar no assunto, cabe fazer uma breve análise sobre a evolução na legislação de trânsito brasileira.

Em 1910 surge o Decreto nº 8.324/1910, que segundo Salem (2009, p.12), “destacou-se em virtude das medidas atinentes à segurança contidas no seu bojo, seja em relação às estradas – relacionadas a aspectos de engenharia na sua construção –, seja em relação aos próprios veículos”. Nesta época, já havia no corpo da referida norma uma preocupação com os acidentes que poderiam advir do trânsito, como pode ser visto nos artigos 21, 22 e 23 do referido decreto, senão vejamos:

Art. 21. O motorista deve estar constantemente senhor da velocidade de seu veículo, devendo diminuir a marcha ou mesmo pará o movimento, todas as vezes que o automóvel possa ser causa de acidentes. A velocidade deverá ser reduzida o mais possível nos pontos da estrada, onde, por qualquer obstáculos, não se possa estender á distancia o raio visual, ou quando atravessar caminhos ou ruas de povoados.

Art. 22. A velocidade commercial mínima para o transporte de mercadorias será se 6 kilometros por hora e a do transporte de viajantes, de 12 kilometros, devendo os automóveis empregados satisfazer a essas condições de serviços.

Art. 23. A aproximação dos automóveis deverá ser annunciada á distancia por uma buzina ou trompa. (FRANZ, 2012, p. 17)

Outra legislação que visava à regularização do trânsito em território brasileiro, trata-se dos Decretos Legislativos nº 4.460/1922, “que não só se ocupou com o estímulo à construção de estradas, como também com regramentos de engenharia viária, cargas máximas de veículos e a proibição do trânsito dos chamados carros de bois de eixo móvel”. (SALÉM, 2009, P. 13)

Em seguida, o Decreto Legislativo 5.141/1927, que, segundo Salem (2009, p.13) “pela primeira vez fez menção a outros tipos de veículos, que não automóveis, destacando-se dentre tais o caminhão, lá denominado de auto-caminhão”, além de criar “o Fundo Especial para a Construção e Conservação de estradas de rodagem federais”. (FRANZ, 2012, p. 18)

Já no ano de 1928 entrou em vigor o Decreto 18.323 com 93 artigos dispondo sobre “segurança de trânsito e a polícia nas estradas de rodagem”. (SALEM, 2009, P.13)

O referido decreto foi revogado pelo Decreto-Lei nº 2.994/41 e este substituído pelo Decreto-Lei nº 3.651/1941, sendo para muitos o primeiro Código de Trânsito nacional.

No ano de 1966 entra em vigor a Lei nº 5.108 que instituiu uma nova mudança na esteira normativa relacionada com o “[...] crescimento exponencial dos problemas relacionados ao uso dos automóveis [...]”. (SALEM, 2009, p.13) A referida lei, no entanto, não tratava sobre crimes de trânsito, sendo tais delitos regulados pelo Código Penal e pela Lei de Contravenções Penais.

Por fim, no ano de 1966 surgiu o atual Código de Trânsito Brasileiro.

3. Código de trânsito brasileiro

Com o advento da Constituição da República de 1988, ficou estabelecido que a competência para legislar sobre normas gerais de trânsito é privativa da União, conforme artigo 22, x, cabendo a Leis Complementares fixar normas de cooperação entre os entes federativos. É o que se extrai do parágrafo único do mesmo artigo. Sendo assim, o atual Código de Trânsito Brasileiro foi aprovado no dia 23 de setembro de 1997 e entrou em vigor em 21 de janeiro de 1998. A Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) veio com muitas inovações e com a preocupação precípua em proteger os condutores, pedestres, promovendo um trânsito mais seguro e eficiente. Uma das inovações trazidas pelo referido código, trata-se da possibilidade “de solicitar, por escrito, aos órgãos, alterações/sugestões à sinalização, fiscalização, implantação de equipamentos (ex. fiscalização eletrônica de velocidade) ou alterações em normas”. (FRANZ, 2012, p.19)

3.1. Trânsito

O Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 1º, § 1º, diz que “considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga”. (BRASIL, 1997)

3.2. Veículo

Quanto à definição de veículo, Cunha (2009, p. 53) fala que “é qualquer meio utilizado para transporte de pessoas ou objetos [...]” e acrescenta “[...] notadamente aquele construído pelo homem (ex. jangada, carroça) e dotado de um mecanismo (aeroplanos, automóveis, trator, bicicleta)”.

Os acidentes em vias públicas em sua maioria estão relacionados a veículos automotores. A definição de veículo automotor pode ser retirada do próprio Código de Trânsito Brasileiro, que define veículo automotor em seu anexo I, sendo, “todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas”. (BRASIL, 1997)

3.3. Acidentes

Acidentes de trânsito são eventos inesperados envolvendo veículos e pessoas em vias públicas, causando danos materiais e até mesmo levando condutores a óbito. Os acidentes de trânsito são responsáveis por um grande número de mortes diariamente em todo o país.

4. Mudanças introduzidas pela Lei 11.705/2008

A Lei Nº 11.705/2008, popularizada de “lei seca”, trouxe mudanças significativas à legislação de trânsito brasileira, tendo como objetivos principais:

- a) estabelecer índice de alcoolemia zero para os condutores de veículos automotores; b) impor penalidades mais severas para quem optar por dirigir sob a influência do álcool; ambos tendo por fim evitar ou diminuir os índices de acidentes automobilísticos e o número de mortos e feridos oriundos desses [...]. (SALEM, 2009, p. 73)

A “Lei Seca” alterou dispositivos da “Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas”, regulamentando o artigo 220, § 4º da Constituição Federal, “para obrigar os estabelecimentos comerciais em que se vendem ou oferecem bebidas alcoólicas a estampar, no recinto, aviso de que constitui crime dirigir sob a influência de álcool”. (BRASIL, 2008)

A lei estabeleceu ainda a proibição da venda varejista ou o oferecimento de bebidas alcoólicas para consumo as margens de rodovias federais, multa de 1.500,00 em caso de violação do dispositivo e aplicação do valor em dobro em caso de reincidência no período de 12 meses.

Conforme exposto, após a vigência da lei em estudo, passou a se aplicar penalidades mais rígidas ao condutor que insista em beber e dirigir. Com o advento da Lei 11.705/2008, o artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro, passou a seguinte redação:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (BRASIL, 1997)

Outro dispositivo alterado trata-se do artigo 276 do CTB, que passou a regular que “qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita

o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código”. (BRASIL, 2008)

A Lei 11.705/2008 trouxe no texto legal a definição de bebida alcoólica. Para a legislação de trânsito, com a finalidade de que os agentes públicos possam identificar e posteriormente aplicar as medidas necessárias ao caso, o artigo 6º dispõe que é considerada bebida alcoólica “as bebidas potáveis que contenham álcool em sua composição, com grau de concentração igual ou superior a meio grau Gay-Lussac”. (BRASIL, 2008)

5. Crimes de trânsito

A doutrina pátria diverge sobre a natureza jurídica dos crimes de trânsito. Para alguns, trata-se de crimes de dano, para outros crimes de perigo abstrato e outros de perigo concreto.

Nos crimes de dano, há efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela lei penal. Caso não ocorra a concreta lesão pode-se está diante da tentativa.

No crime de perigo não há necessidade que a lesão ao bem jurídico aconteça, apenas o perigo do dano. Esse tipo de crime se divide em perigo concreto e abstrato.

No crime de perigo abstrato, também conhecido como de perigo presumido ou de simples desobediência, essa presunção é advinda da própria lei. Sendo assim, não há necessidade de comprovar o efetivo perigo ao bem jurídico.

No caso do crime de perigo concreto, a afronta ao bem jurídico tutelado pela legislação penal deve ser efetivamente comprovada, como o próprio nome pressupõe, deve ser concreta.

A doutrina ainda divide esse tipo de crime em duas modalidades, perigo individual e comum.

Individual a (conduta do agente expõe a perigo uma só ou um número determinado de pessoas, como ocorre na exposição da vida ou saúde de outrem a perigo, art. 132 do CP) ou comum (a conduta delituosa expõe a perigo numero indeterminado de pessoas, como ocorre, por exemplo, no crime de explosão, art. 251 do CP). (CUNHA, 2018, p. 198)

O Código de Trânsito Brasileiro trata sobre os crimes de trânsito do artigo 291 ao artigo 312. No entanto serão analisados apenas alguns tipos penais que mantenham relação aproximada do objetivo deste estudo. Cabe ressaltar a subsidiariedade ao qual o artigo 291 do CTB impõe a outros dispositivos legais, como os Códigos Penal, Processual Penal e a Lei 9.099/95:

5.1. Homicídio culposo na direção de veículo automotor

A partir do artigo 302 do CTB iniciam-se os dispositivos criminais em espécie. O delito ora analisado trata-se do crime de Homicídio Culposo na direção de Veículo automotor, alterado pela Lei 12.971/14, posteriormente pela Lei 13.546/17 e possui a seguinte redação:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente: (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

V - (Revogado pela Lei nº 11.705, de 2008)

§ 2º (Revogado pela Lei nº 13.281, de 2016)

§ 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Incluído pela Lei nº 13.546, de 2017)

Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (Incluído pela Lei nº 13.546, de 2017) (BRASIL, 1997)

Pode-se observar uma diferença entre o CTB e o CP quando se refere à aplicação da pena ao crime de homicídio na modalidade culposa. Enquanto na legislação de trânsito a pena disposta no caput do artigo 302 é de dois a quatro anos de reclusão e suspensão do direito de dirigir veículo automotor, no CP a modalidade culposa está disposta no artigo 121, § 3º, dispondo que a pena é de um a três anos de reclusão. Outro detalhe importante é que o CTB somente prevê o crime na forma culposa. Portanto, caso o agente cometa homicídio doloso utilizando veículo automotor deverá ser punido com supedâneo na legislação penal.

5.2. Embriaguez ao volante

Outro dispositivo de grande relevância para nosso estudo trata-se do artigo 306 do Código de Trânsito Nacional, pois descreve o delito de embriaguez ao volante. Tal dispositivo sofreu algumas alterações ao longo dos anos por diversas leis, como veremos a seguir:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contra-prova. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

§ 4º Poderá ser empregado qualquer aparelho homologado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO - para se determinar o previsto no **caput**. (Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019) (BRASIL, 1997)

Como visto, umas das alterações foi introduzida pela Lei 12.760/2012, onde definiu o quantum de pena a ser imposta caso o condutor tenha ingerido bebidas alcoólicas ou substâncias psicoativas. A pena então passou a variar de seis meses a três anos de detenção, multa, e suspensão ou proibição de obter carteira de habilitação. No § 1º incluiu a forma de constatação do crime de embriaguez ao volante.

A Lei 12.971/2014 alterou os §§ 2º e 3º do CTB e especificou as formas de verificação, estando entre elas o teste de alcoolemia, toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal e outros meios que sejam admitidos como possíveis, além de estabelecer ao CONTRAM a legislação complementar.

6. Dolo eventual e culpa consciente

O dolo eventual acontece quando o agente pratica a conduta não se importando com o resultado diferente do pretendido, ou seja, mesmo prevendo que tal resultado poderá acontecer assumi o risco de produzi-lo. Aplica-se, neste caso, a teoria do consentimento. Nesse sentido é o que leciona Cunha (2018, p. 232, grifo do autor) quando nos diz que:

Dolo eventual: o agente também prevê pluralidade de resultados, dirigindo sua conduta para realizar um determinado evento, mas assumindo o risco de provocar outro (ex: quero ferir, mas aceito matar). O agente não quer o resultado mais grave, mas assume o risco de produzi-lo. O dolo eventual só é possível em razão da consagração da teoria do consentimento.

Podemos observar que diferentemente do dolo direto, onde o agente busca o resultado, possui intenção de obtê-lo com sua conduta, no dolo eventual o resultado pretendido não é buscado de forma direta, mas assumi o risco e aceita que ele possa acontecer.

Haverá dolo eventual quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado. Admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não quer o resultado, pois se o quisesse haveria dolo direto. Antevê, conta com o resultado, e, arriscando, age. A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que a conduta pode produzir o resultado. O agente percebe que é possível causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento. (FUKASSAWA, 2015, p 148)

A culpa pode acontecer por ação ou omissão e para que possamos dizer que uma determinada conduta é um crime culposo, deve se obter um resultado naturalístico, em regra. Greco (2017, p. 332) fala que “sem ele, o fato praticado pelo agente poderá até se amoldar a outra figura típica dolosa, mas nunca culposa”.

O artigo 18, II, do Código Penal diz que um crime é “culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (BRASIL, 1941)

Para Cunha (2018, p. 237) o agente age com imprudência quando “atua com precipitação, afoiteza, sem os devidos cuidados que o caso requer (ex: conduzir veículo em alta velocidade num dia de muita chuva)”.

Já para que se haja de forma negligente, exige-se do agente uma omissão, ou seja, um não fazer. Greco (2017, p.336) afirma que a negligência “é um deixar de fazer aquilo que a diligência normal impunha”, e acrescenta citando como exemplo o “motorista que não conserta os freios já gastos de seu automóvel ou o do pai que deixa arma de fogo ao alcance de seus filhos menores”.

Por fim, a imperícia trata-se de uma ação em que o agente não possui técnica suficiente para completa-la. Sendo assim, a imperícia está ligada intimamente a profissão. Diz-se imperito o agente que apesar de tomar os devidos cuidados não possui capacidade suficiente para desenvolvê-la. Imperícia “é a falta de aptidão técnica para o exercício de arte ou profissão (ex: condutor que troca o pedal do freio pelo da embreagem, gerando o atropelamento)”. (CUNHA, 2018, p. 237)

Na culpa consciente “o agente prevê o resultado, mas espera que ele não ocorra, supondo poder evitá-lo com a sua habilidade (mais que previsibilidade, existe previsão)”. (CUNHA, 2018, p.241)

No mesmo sentido, Greco afirma que:

Culpa consciente é aquela em que o agente, embora prevenido o resultado, não deixa de praticar a conduta acreditando, *sinceramente*, que este resultado não venha a ocorrer. O resultado, embora previsto, não é assumido ou aceito pelo agente, que confia na sua não ocorrência. (GRECO, 2017, p.338)

Conforme exposto o dolo eventual e a culpa consciente possuem alguma semelhança, contudo, em nada se confundem, senão vejamos: no dolo eventual o agente prevê o resultado e assume o risco de produzi-lo. Na culpa consciente o agente apesar de prevê o resultado acredita que poderá impedi-lo.

7. Dolo eventual e culpa consciente nos acidentes de trânsito

Até pouco tempo condutores quando provocavam acidentes ou mortes eram punidos apenas na forma culposa. No entanto, depois de alguns acidentes que ganharam repercussão nacional, os tribunais vêm adotando posturas diferentes. Deixaram de aplicar apenas o elemento da culpa consciente e passaram a adotar o dolo eventual em determinadas condutas. Com isso passaram a ser punidas com mais rigor, haja vista, que na punição a título de culpa a pena é mais branda.

Fica evidenciado o descrito acima quando passamos a analisar as punições a título de culpa, punidas de acordo com o Código de Trânsito Brasileiro e as punições baseadas no dolo, punidas de acordo com o Código Penal.

O artigo 302 do CTB fala que:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:
Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

[...]

§ 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (BRASIL, 1997)

Como visto a punição para quem comete homicídio culposo em acidentes de trânsito, ou seja, sem intenção de matar, por imperícia, imprudência ou negligência, varia apenas de dois a quatro anos de detenção somado com a medida administrativa. Sendo assim, o agente que comete tal delito começa a cumprir pena, em caso de condenação, diretamente no regime semiaberto ou aberto. Caso o julgador entenda no caso concreto que o condutor agiu com dolo eventual, aplica-se o CP e a pena do artigo 121, caput, senão vejamos: “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.” (BRASIL, 1941)

Antes da aplicação do dolo eventual em acidentes de trânsito a sensação de impunidade reinava entre os condutores imprudentes e casos e mais casos se repetiam todos os dias. Diante do clamor popular e pressão da mídia, passou-se a aplicar o artigo 121 do Código penal em alguns casos com vítimas fatais. Sendo assim, ao invés de ser punido com penas de dois a quatro anos de detenção, tem se a possibilidade com a aplicação do dolo eventual de punir o condutor com penas que variam de 6 a 20 anos de reclusão, caso o homicídio seja na forma simples, podendo chegar a 30 anos de reclusão se for qualificado.

Mas como chegar a tal conclusão de que deve ser aplicado o dolo eventual e não a culpa consciente? Este questionamento a doutrina e a jurisprudência vêm se debruçando diuturnamente para tentar resolver. Para parte da doutrina é necessário somente que o condutor consuma algum tipo de bebida alcóolica ou que pratique competições, denominadas vulgarmente de “racha”, para já se configurar o dolo eventual, tendo como argumento que várias campanhas já foram criadas e que todos os motoristas já estão cientes da proibição do binômio álcool/direção. Para Nucci (2017, p. 454) “se, apesar disso, continua o condutor do veículo a agir dessa

forma nitidamente arriscada, estará demonstrando seu desapego à incolumidade alheia, podendo responder por delito doloso”.

Acontece que “em sã consciência, distinguir entre culpa consciente e dolo eventual é uma tarefa de pura adivinhação. Na maioria dos casos, inexistem provas certas do que se passa na mente do agente, no momento de sua conduta.” (NUCCI, 2017, p. 472)

Perante esse cenário inexiste certeza quanto à forma em que o judiciário irá receber o delito cometido. Pois, pelo nível de subjetividade existente, corre o risco de se obter resultados diferentes para casos iguais somente por serem julgados por juízes distintos. Nucci (2017, p. 472) afirma que “as disparidades entre o homicídio culposo e o doloso são muito grandes e de largas proporções. O direito penal não pode virar uma loteria”. Com tamanha dificuldade de distinção as decisões judiciais tendem a observar questões fáticas e comprobatórias para aplicação dos elementos.

Contudo, os tribunais passaram a aplicar o dolo eventual nos crimes relacionados ao trânsito levando em consideração apenas o consumo de bebidas alcóolicas e a direção de veículo automotor. Mas, tal análise é criticada por vários doutrinadores como Rogerio Sanches Cunha e Rogerio Greco. Para eles somente a análise do caso concreto poderá definir a que tipo de elemento o agente deve ser responsabilizado. Nesse sentido Cunha (2018, p.243):

O simples fato de o agente embriagado tomar direção de um veículo e causar um acidente, ainda que imprima alta velocidade, não faz presumir que a conduta tenha sido permeada pelo dolo eventual. Afirmar que alguém previu a ocorrência do resultado e assumiu o risco de produzi-lo significa dizer que antecipou mentalmente que sua conduta poderia causar determinado resultado lesivo e se manteve insensível, aceitando aquele resultado provável.

Greco (2017, p. 341) cita um exemplo em que fica transparente sua posição em relação à “receita de bolo” ao qual está sujeita a decisão que apenas analisar o consumo de bebidas alcoólicas e a direção de veículo automotor, senão vejamos:

Imagine-se o exemplo daquele que, durante a comemoração de suas bodas de prata, beba excessivamente e, com isso, se embriague. Encerrada a festividade, o agente, juntamente com sua esposa e três filhos, resolve voltar rapidamente para a sua residência, pois queria assistir a uma partida de futebol que seria transmitida pela televisão. Completamente embriagado, dirige em velocidade excessiva, a fim de chegar a tempo para assistir ao início do jogo. Em razão do seu estado de embriaguez, conjugado com a velocidade excessiva que imprimia ao seu veículo, colide seu automóvel com outro veículo, causando a morte de toda a sua família. Pergunta-se: Será que o agente, embora dirigindo embriagado e em velocidade excessiva, não se importava com a ocorrência dos resultados? É claro que se importava.

Para parte da doutrina o estado brasileiro deverá de alguma forma impor limites aos condutores que insistam em infringir a lei e que a aplicação do dolo eventual em detrimento da culpa consciente deve partir da análise minuciosa do caso concreto.

8. Jurisprudência dos tribunais superiores

A aplicação do dolo eventual em acidentes de trânsito por embriaguez ao volante partiu da pressão popular e midiática devido à sensação de impunidade por parte de condutores que cometiam estes crimes e tinham uma punição de forma não condizente com a gravidade da sua conduta. Com isto, os tribunais superiores passaram a aplicação do referido elemento (dolo eventual) nos acidentes de trânsito, como pode ser observado neste julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. EXAME SANGUÍNEO. VALIDADE. DISCUSSÃO. EXCLUSÃO DO ART. 306 DO CTB. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PERDA DO INTERESSE. PREJUDICIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. EMBRIAGUEZ APONTADA COMO UM DOS ELEMENTOS INDICADORES DO DOLO EVENTUAL. ANÁLISE DO RECURSO. NECESSIDADE. DEMAIS ALEGAÇÕES E AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREJUDICADOS. PRAZOS RECURSAIS. REABERTURA. 1. Apesar de ter sido excluída pelo Tribunal a quo a imputação de prática do crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a embriaguez

permaneceu como sendo um dos elementos indicativos da ocorrência de dolo eventual do homicídio, o qual levou à pronúncia do acusado.

[...]

(Recurso Especial nº 1340685, sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Sebastião Reis Junior, julgado em 21/03/2013). (grifo nosso)

Com entendimento semelhante, o Supremo Tribunal Federal julgou o HC nº 121654, conforme relatoria do Ministro Marco Aurélio, senão vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DENÚNCIA POR HOMICÍDIO DOLOSO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA DELITO CULPOSO. EXAME DO ELEMENTO SUBJETIVO. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICOPROBATÓRIA. INVIABILIDADE DA VIA. NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO INICIAL PELO JUÍZO COMPETENTE. TRIBUNAL DO JÚRI. ORDEM DENEGADA. 1. Apresentada denúncia por homicídio na condução de veículo automotor, na modalidade de dolo eventual, havendo indícios mínimos que apontem para o elemento subjetivo descrito, tal qual a embriaguez ao volante, a alta velocidade e o acesso à via pela contramão, não há que se falar em imediata desclassificação para crime culposos antes da análise a ser perquirida pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. [...] (Habeas Corpus Nº 121654, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Marco Aurélio Melo, Julgado em 21/06/2016). (grifo nosso)

Como visto durante este trabalho, atualmente parte da doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores divergem quanto à aplicação dos elementos ora analisados.

9. Considerações finais

A partir da análise do Decreto Nº 8.324/1910 e do atual Código de Trânsito Brasileiro, observou-se inúmeras mudanças a respeito da condução de veículos após o consumo de bebidas alcóolicas.

Foram analisadas, também, as diferenças entre dolo eventual e culpa consciente, o qual se constatou que no dolo eventual, o agente prevê

o resultado e assume o risco de produzi-lo. Na culpa consciente o agente apesar de prevê o resultado acredita que poderá impedi-lo.

Por fim, observou-se às divergências entre parte da doutrina, a qual defende que somente o caso concreto pode definir o elemento a ser aplicado, e a jurisprudência dos tribunais superiores, que passaram a aplicar o dolo eventual em detrimento da culpa consciente nos acidentes de trânsito, o qual leva em consideração apenas o índice de alcoolemia no sangue.

Conclui-se, que o estado possui o dever de agir e de sensibilizar os condutores de veículos para que não sintam a sensação de impunidade diante do cometimento de delitos de trânsito a partir da condução em embriaguez, pois como vem sendo aplicado o elemento do dolo eventual, sem uma análise mais aprofundada do caso, somente por pressão popular e midiática pode-se levar a uma enorme injustiça em determinados casos.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus Nº 121654*, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 21 de junho de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4543705>>. Acesso em: 31/03/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 1340685*, da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=FERNANDO+RIBAS+CARLI+FILHO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31/03/2020.

BRASIL. *Vade Mecum*. ed. 6ª. Salvador: Juspodivm, 2019.

CASTILHO, Ingrid. *Óbitos por acidentes de trânsito diminuem após 10 anos de lei seca*, Brasília, DF, 19 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43593-10-anos-de-lei-seca-obitos-por-acidentes-de-transito-diminuem-2>>. Acesso em: 21/02/2020.

CUNHA, André Bernardo Nascimento da. *Dolo Eventual e Culpa Consciente Nos Crimes Ocorridos em Acidentes de Trânsito*. Itajaí, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral*. Salvador: Juspodivm, BA, 2018. V. único.

FRANZ, Cristine Maria. *A História do Trânsito e Sua Evolução*. Joinvile, 2012.

FUKASSAWA, Fernando. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: ISSO 9001, 2015. Ed. 3ª.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Niterói: Impetus, RJ, 2017. Ed. 19ª.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2013. Ed. 13ª.

SALEM, Douglas. *O Tratamento do Binômio Álcool/Direção a Partir da Lei nº 11.755/2008: as mudanças e as consequências jurídicas nas esferas administrativa e penal*. Florianópolis, 2009.

Violência sexual intrafamiliar contra crianças

*Ana Maria dos Santos Mota **

*Hewldson Reis Madeira ***

1. Introdução

O presente estudo aborda sobre o tema do abuso sexual intrafamiliar cometido contra crianças. Tal problemática é deveras presente em nossa realidade e de extrema complexidade. Dentre estas, enfatizam-se as grandes perturbações emocionais causadas às partes envolvidas, pois a vítima é um membro indefeso da sociedade que, por sua vez, apresenta algumas características específicas que podem ser percebidas como sinais da violência, tais como mudanças de comportamento, sendo que a possibilidade de desenvolver qualquer tipo de trauma torna o assunto deveras importante.

O objetivo da presente pesquisa consiste em analisar as características da violência sexual intrafamiliar cometido contra crianças e adolescentes. Tal objetivo visa estudar a proteção jurídica que esses menores terão através do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Para alcançar os objetivos a que nos propusemos e por se tratar de um grupo de pessoas de características diversas, utilizaremos uma

* Ana Maria dos Santos Mota, acadêmica do 10º período do curso de Direito da Faculdade de Educação Santa Terezinha - FEST, turno Vespertino.

**Hewldson Reis Madeira, Doutor em Direito; Professor do curso de Direito da Faculdade de Educação Santa Terezinha, da Universidade Estadual do Tocantins e da Faculdade de Imperatriz (Widen/FACIMP) e Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJJ), da Universidade Federal do Maranhão.

metodologia de natureza qualitativa, assim como pesquisas bibliográficas e exploratória pois tal estudo será feito por meio de artigos, livros, doutrinas e revistas. O trabalho está estruturado da seguinte forma: um primeiro tópico onde pretende-se explicar sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); após discorreremos sobre a evolução histórica referente a proteção à criança, seguindo para o terceiro tópico com alguns princípios que regem a proteção da mesma. No quarto tópico será abordado sobre a criança como detentora de direitos; no quinto tópico será versado sobre os crimes sexuais contra a criança e adolescente; no sexto tópico trataremos sobre será a violência sexual intrafamiliar, quais os indicadores/características dessa violência e quais os transtornos causados pelo abuso sexual. E por fim, um último tópico destinado as considerações finais. Respondendo assim questões que serão levantadas ao longo da pesquisa.

2. Estatuto da criança e do adolescente

O Estatuto da Criança e do adolescente, Lei nº 8.069/1990 é um diploma legal que visa normatizar como se deve tratar legalmente essa parcela da população. Essa consolidação é resguardada pela Constituição Federal de 1988.

A criança e o adolescente, possuem segurança jurídica, visto que se refere à uma parcela frágil da sociedade, merecedora de tal proteção, tais direitos foram conquistados e são resguardados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei nº. 8.069/90, dispondo consigo o conceito em seu artigo 2º., a seguir:

Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. **Parágrafo único.** Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

É claro que tal diploma é fruto de um processo histórico, visto que a noção de infância se modificou ao longo do tempo para que fosse

reconhecida de forma taxativa dando uma proteção especial aos menores. O Estatuto da Criança e do Adolescente inovou o meio legislativo, atendendo a população de forma geral e principalmente trazendo conforto para as crianças que a partir daí se deu proteção integral da juventude e da infância.

2.1 Evolução histórica da proteção à criança

Procurar entender o processo evolutivo que se culminou com a proteção jurídica à criança é analisar o meio pelo qual essa criança era tratada, um ser que não tinha proteção tutelada. Para entender como essa evolução ocorreu no Brasil é necessário recorrer à historiografia, visto que sempre se existiu crianças, mas como tais direitos eram discutidos e resguardados? Fato é que depois de longo processo de discussão ao longo dos anos houve uma alteração significativa quanto ao conceito de criança e esta alteração se estendeu para o âmbito jurídico, a prova disso é que, hoje, existe um Estatuto exclusivo para resguardar direitos exclusivos dessas crianças.

Paulo Afonso Garrido de Paula (apud, ROSSATO, LÉPORE, SANCHES, 2012, p. 76) trata da evolução da noção de criança em quatro fases distintas de forma simplificada, são elas:

- a) Fase de absoluta indiferença, em que não existiam normas relacionadas a essas pessoas.
- b) Fase da mera imputação criminal, em que as leis tinham o único propósito de coibir a prática de ilícitos por aquelas pessoas.
- c) Fase tutelar, conferindo-se ao mundo adulto poderes para promover a integração sociofamiliar da criança, com tutela reflexa de seus interesses pessoais.
- d) Fase de proteção integral, em que as leis reconhecem direitos e garantias às crianças, considerando-a como uma pessoa em desenvolvimento. É, pois, na quarta fase que se insere a Lei 8.069/90.

Estas fases sucessivas indicam que havia o intuito de uma melhor compreensão primeiro acerca do conceito: o que é a criança para, em seguida, ser possível tratar dos direitos e da proteção jurídica a ela

subjacente e estes evoluíram de uma forma satisfatória, pois todo o Estatuto visa a total proteção de forma integral do menor.

Na época do Brasil Colônia, o problema das crianças que foram abandonadas ficou à mercê dos municípios, onde não foi desempenhado nenhuma ação eficiente e marcante, nesse período foi alegado a necessidade de recursos sendo eles econômicos e logísticos. Porém, o que ocorria na realidade era um real “descaso, omissão, pouca disposição para com esse serviço”, de cuidado com crianças e adolescentes. (MARCÍLIO, 2001, p. 54).

Por conseguinte, com a Constituição Imperial, o Código Criminal de 1830 não foi totalmente faltoso à criança e ao adolescente, os nomeando como “menores”, trazendo consigo a imputabilidade penal aos 14 anos.

Com a idade moderna e toda revolução que trouxe consigo foi possível se aprimorar o que se tinha da ideia sobre o que é ser uma criança. A nomenclatura, infância, se tornou a primeira idade de vida: a idade da proteção de cuidado, que nos segue até os dias atuais. Pode-se perceber, portanto, que até o século XVII, a ciência não conhecia de fato a infância. Tendo como justificativa a falta de espaço e atenção que era dada.

A descoberta da infância começou sem dúvida no século XIII, e sua evolução pode ser acompanhada na história da arte e na iconografia dos séculos XV e XVI. Mas os sinais de seu desenvolvimento tornaram-se particularmente numerosos e significativos a partir do fim do século XVI e durante o século XVII. (ARIÈS, 1981, p.65).

A partir do início do século XX, foi promulgado o Decreto nº 16.272 de 20 de dezembro de 1923. Com este, deu-se abertura às normas de proteção aos menores, que objetivava a proteção aos menores e delinquentes, os quais, de fato, realmente vítimas da pobreza. (LEMONS; MAGALHÃES; SILVA, apud, ANDRADE, 2018). Logo após, sobreveio o Código de Menores Brasil surgindo do Decreto 5.083, de 1º de dezembro de 1926, tendo a responsabilidade de organizar essa lei, o Juiz de Menores do Rio de Janeiro, José Cândido Albuquerque de Mello Mattos. Tal código que foi aprovado e

estabelecido em 12 de outubro de 1927, sendo o primeiro da América Latina. (CUSTÓDIO, apud, ANDRADE, 2018).

Foi, então, a partir das ideias de acolhimento, tutela, afeto e dependência, que surge a real infância. As crianças, que eram vistas simplesmente como seres biológicos, tinham por necessidade grandes cuidados e, também, de uma disciplina rígida, a fim de transformá-las em adultos socialmente aceitos (LEVIN, 1997). Para ocorrer essa aceitação no meio social, foram observadas diversas formas de como educar uma criança, de uma forma mais severa. Era comum ouvir dizeres como “Quem não usa a vara, odeia seu filho”. “Com mais amor e temor castiga o pai ao filho mais querido”, ou “Assim como uma espora aguçada faz o cavalo correr, também uma vara faz a criança aprender” (LEVIN, 1997, p. 230).

A passagem entre a infância e a vida adulta resulta em experiências e aprendizados ocorridos e compreendidos de formas especiais. Tal reconhecimento foi conquistado ao longo dos séculos, com direitos alcançados e tutelados na seguridade jurídica. É certo que houve mudanças em relação a essa proteção jurídica a criança, por meio legal e costumeiro, onde os bons costumes estão sendo resguardados como primeiro plano. Vale ainda ressaltar que não importa o “tamanho” de qualquer indivíduo, o seu direito e sua proteção é tutelada de forma legal e taxativa, podendo, portanto, usar de tais paradigmas para que sejam respeitados e protegidos de diversas condutas.

3. Princípios que regem a proteção à criança

Em todos os ramos que o direito atua existem diferentes tipos de princípios aplicados dentro do ordenamento jurídico, que servem como elementos balizadores da forma e da ação jurídica. Siqueira Júnior (2004, p. 161-162) afirma que os princípios “[...] exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral”. Logo, o Estatuto

da Criança e do Adolescente possui seus próprios princípios tendo como fito a real proteção à criança e ao adolescente.

Iniciaremos com o Princípio da Proteção Integral. Este se encontra expresso no art.1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069/90. Pode-se dizer que com esse princípio realmente se inicia a tutela de direitos e deveres para com as crianças. Em termos práticos, pode-se utilizar da analogia com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a proteção integral está descrita na Constituição Federal no artigo 227 enquanto responsabilidade dos pais e do Estado sobre esse menor, garantindo-lhe uma vida digna.

Em seguida, tem-se o Princípio da Prioridade Absoluta, que está presente no artigo 4º. Do Estatuto da Criança e do Adolescente. Este afirma que é dever da família, comunidade e do poder público assegurar com absoluta prioridade os direitos que essas crianças possuem, como direito à vida, saúde, educação, lazer, esporte. Possui previsão também dentro da Constituição Federal, no artigo 227 tratando as crianças e os adolescentes, como sujeitos de total prioridade tanto pela sociedade como pelo poder público. Neste sentido, compete ao Estado formular políticas públicas que possam estar em conformidade com as necessidades desses menores. Além disso, é de responsabilidade ainda do poder público proporcionar políticas sociais que são básicas (saúde, educação, saneamento, etc.), políticas de assistência social, de proteção especial e finalizando, socioeducativas.

O Princípio da Prevalência de Interesses tem respaldo no artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Este leva em consideração os fins sociais observando ainda os direitos e deveres da criança e do adolescente sejam esses individuais ou coletivos, considerando as peculiaridades atinentes a cada menor. Este princípio, em complemento ao anterior, permite que o legislador ou o aplicador do Direito interprete a lei observando o interesse da criança como prioridade aos dos demais. Para tanto, é necessário que se observe todo um contexto de vida daquela criança, já que define a primazia das necessidades infanto-juvenis até mesmo como

meio de criação de futuras normas. Ou seja, como o ECA é o Estatuto que visa garantir proteção aos menores, então ele deverá ser interpretado com esse objetivo. A lei não poderá ser aplicada de tal modo que prejudique às crianças e aos adolescentes.

O Princípio da Municipalização é instituído na lei 8.069/90 em seu artigo 88. Pretende-se por meio deste, apresentar orientações de atendimento ao público aqui referenciado. Neste sentido, defende que os municípios criem conselhos por meio de organizações representativas, bem como a sustenta a criação de programas específicos e a manutenção de fundos nacionais. Esse artigo já havia sido estabilizado pelos artigos 204, I e 227, 7º da Constituição Federal de 88. A municipalização serviu para descentralizar as ações governamentais conforme nos diz o artigo 204, onde os municípios e os estados podem organizar diferentes ações públicas.

O Princípio da Sigilosidade, está previsto no artigo 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Este veda a divulgação dos atos judiciais, policiais e administrativos que envolvam crianças ou adolescentes em casos de atos infracionais. Veda ainda qualquer notícia correspondente ao fato que mostre o rosto, nome ou qualquer meio que ligue aquele ato ao pequeno infrator. Tal cuidado foi tomado para que essa criança ou adolescente possa crescer em sociedade sem que seja alvo de qualquer tipo de discriminação, dando-o assim uma nova oportunidade de se tornar um cidadão de bem, com ações positivas no meio coletivo.

O Princípio da Gratuidade está inserido no artigo 141 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Este intenta garantir o direito do acesso à justiça, em qualquer de seus órgãos, na defensoria pública, ministério público ou poder judiciário. Esse auxílio judiciário será ofertado às pessoas que realmente precisam, garantindo assim sua defesa. Lembrando que as ações que tramitam na Vara da Infância e da Juventude são isentas de custos, ressalvadas aquelas que litigam de má-fé. Tudo isso, nos leva a ter a criança e o adolescente como detentores de direitos.

3.1 A criança e o adolescente como detentores de direitos

Em todo ordenamento normativo existem princípios e normas. Tais normas são aplicadas de forma clara e correta com a intenção de assegurar os direitos e deveres das crianças e adolescentes, levando em consideração as limitações físicas e psíquicas atinentes à sua condição. O direito à criança e ao adolescente é relativamente novo e autônomo, pois possui um estatuto próprio. É um ramo de grande importância pois cuida de uma parcela populacional de grande relevância.

A infância é protegida de forma ampla, pois tal fase é única e especial. Essa etapa ficou conhecida como “status de pessoas em situação peculiar de desenvolvimento”. Além disso, os menores são detentores de diversos direitos fundamentais, descritos de forma expressa na Constituição Federal. (ROSSATO, LÉPORE, SANCHES, 2012, p. 77).

Antes do estatuto, crianças e adolescentes recebiam tratamento distintos. De acordo com Martha de Toledo Machado essa diferença de tratamentos não se existe mais na Doutrina da proteção integral:

Não há mais uma dualidade no ordenamento jurídico envolvendo a coletividade crianças e adolescentes ou a categoria crianças e adolescentes: a categoria é uma e detentora do mesmo conjunto de direitos fundamentais; o que não impede, nem impediu, o ordenamento de reconhecer situações jurídicas específicas e criar instrumentos para o tratamento delas, como aliás, ocorre em qualquer ramo do direito. (MACHADO, 2003, p. 146).

Ou seja, o tratamento que é ofertado às crianças e aos adolescentes devem ser o mesmo, sem qualquer forma de diferença, pois os menores têm estatuto próprio e direitos descritos pela Constituição Federal que foram conquistados ao longo dos anos. Contudo, a despeito disto, tais direitos são constantemente vilipendiados, inclusive nas formas mais vis, como é o caso dos recorrentes crimes sexuais a que são submetidas crianças e adolescentes.

4. Crimes sexuais contra a criança e o adolescente

Diversas condutas criminosas são praticadas contra crianças e adolescentes, condutas que são reprovadas pela sociedade, podendo ocorrer em diferentes locais e independe de situação financeira ou status social.

O abuso sexual cometido contra crianças é feito quando ocorre o envolvimento de uma criança em alguma ação sexual. Tem-se aqui tal abuso pelo fato de ele ou ela não ter o total entendimento do que aquilo significa sendo, por isso, incapaz de consentir tal atividade. Esta incapacidade revela-se, ainda, pelo fato de tal menor não estar preparado física ou mentalmente para o que se lhe propõe, de modo que ele ou ela, não tem condições de perceber se está agindo de alguma forma contra as leis ou costumes formadores da sociedade. O abuso sexual contra crianças pode ser feito entre um adulto e uma criança ou entre duas crianças, as que, em razão da idade ou do desenvolvimento, esteja em uma relação de responsabilidade, confiança ou poder de um adulto. (WORLD HEALTH ORGANIZATION, apud, NEVES et al, 2010, p. 100).

Em 1996, ocorreu o I Congresso Mundial Contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes, que foi realizada em Estocolmo, na Suécia. Este é conhecido como o marco inicial no enfrentamento internacional e na constatação dos crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes. Esse evento ocorreu pela segunda vez no Japão, em 2001, continuando o avanço nos direitos e proteção. No Brasil tal mobilização gerou um marco no dia 18 de maio, ficando conhecido como Dia Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescente, com o seguinte slogan "Esquecer é Permitir. Lembrar é Combater".

Segundo Camporez (2019), ao longo do ano de 2018, o Disque 100, igualmente chamado de Disque Direitos Humanos, recebeu 17.093 denúncias de violência sexual cometido contra crianças e adolescentes no país. Dessa totalidade, 13.418 denúncias se atribuíam a abuso, ao mesmo tempo que 3.675 ligações foram classificadas como condutas de exploração sexual. Nos atos de abuso, 73,44% das vítimas são meninas, e 18,60% são

meninos. Em 7,96% das denúncias não foi informado o sexo da vítima. Nos últimos trinta anos, esse tipo de violência tomou uma maior visibilidade social, se tornou algo de muita preocupação por parte do poder público.

Para Chauí (apud, NEVES et al, 2010, p. 100), a violência não é somente um desrespeito ou alguma infração de normas já estabelecidas, regras e leis, mas se trata de uma distinção, pois valida-se na existência de uma relação de desigualdade, que visa a dominação, exploração e opressão, que passa a ter efeitos no silêncio da vítima. Possui uma clara vinculação com a ideia de poder, pois de um lado tem-se um dominante e, no outro lado, existe uma vítima dominada, violentada. Porém, nem a violência nem o poder são fatores naturais, específicos ao ser humano. "Qualquer ação ou omissão que provoque danos, lesões ou transtornos ao seu desenvolvimento, pressupõem uma relação de poder desigual e assimétrica entre o adulto e a criança" (UNICEF, apud, NEVES et al, 2010, p. 100).

Como a caracterização da violência sexual e o reconhecimento desse tipo de abuso ocorreu de forma tardia, foram feitos diversos debates para que se pudesse compreender o assunto de forma satisfatória. No Brasil, essa discussão só apareceu na década de 1980 e surgiu como um problema de saúde pública (NEVES et al, 2010, p. 100).

O Estatuto da Criança e do Adolescente possui artigos próprios sobre proteção a qualquer tipo de violência seja ela sexual, física ou psicológica. Dentro do artigo 130 do estatuto supramencionado se apresenta uma devida proteção contra os abusos sofridos dentro do seio familiar, observando a oportunidade da possível opressão, maus-tratos ou até o abuso sexual cometido ou por algum responsável ou pelos pais. Caso seja constatada a agressão, poderá ser feita uma medida cautelar que afastará o agressor da vítima. Garante, ainda, a fixação dos alimentos provisórios, se a vítima for dependente do agressor.

Já o artigo 241 do mesmo Estatuto veio para proteger crianças e adolescentes da possível exposição ou venda de qualquer conteúdo

pornográfico que as envolva seja por meio de fotografia, vídeo ou outro meio que consiga registrar esse tipo de imagem. A pena para tal crime é de quatro a oito anos de reclusão mais multa. O artigo 241-A, afirma que o aparecimento claro de crianças ou adolescentes em material pornográfico que seja oferecido, trocado, distribuído, publicado ou divulgado por qualquer meio de informação ou tecnológico, sob a forma de fotografias, vídeos ou qualquer outro tipo de mídia resultará em pena de três a seis anos de reclusão mais multa. Tal artigo contém incisos. No inciso I fica descrito que o armazenamento desse tipo de conteúdo é taxado como crime, e o inciso II expõe que o acesso a esse tipo de material também decorre na legislação como conduta criminosa.

O artigo 241 - D, que foi adicionado pela Lei nº. 11.829 no ano de 2008, reconhece que o abuso sexual que é cometido contra crianças pode ocorrer nas formas de aliciar, assediar, instigar ou até mesmo constranger crianças por algum meio de comunicação fazendo com que ela pratique ato libidinoso. Sua pena é de um ano a três anos de reclusão mais multa. Nesta mesma pena existe alguns incisos, no inciso I refere a facilitação ou até mesmo o induzimento do acesso da criança a material onde existam cenas de sexo de forma explícita ou algum ato de pornografia com o fim de que se pratique ato libidinoso. O inciso II se refere à prática das condutas já descritas.

Pode-se observar que a proteção às crianças em condutas pornográficas é taxada de forma expressa dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente, trazendo consigo uma maior segurança aos direitos desses sujeitos. Mas, para além disso, existe proteção legal para a criança e o adolescente em diversos textos de leis, dentre eles a Constituição Federal, e o Código Penal. Este último prevê o estupro de vulnerável presente na Lei nº. 12.015/09, modificando seu capítulo IV, pois antes esse capítulo tratava sobre os crimes contra os costumes e após sua alteração sua redação passou a tratar dos crimes contra a dignidade sexual.

A conduta criminosa do crime de estupro de vulnerável está previsto no artigo 217 - A. Assevera que este se plasma por meio da conjunção

carnal ou da prática do ato libidinoso com uma pessoa menor de catorze anos e sua pena é de oito a quinze anos de reclusão. Nos parágrafos seguintes dispõe que receberá a mesma pena se a conduta do caput ocorrer contra uma pessoa com deficiência mental ou não tenha o discernimento necessário para se opor a alguma prática ou para ter algum tipo de resistência; se desta conduta resultar lesão corporal de natureza grave sua pena é de dez a vinte anos; se decorrente dessa conduta decorrer o óbito a pena é de doze a trinta anos”.

Quanto à vulnerabilidade, Luiz Regis Prado em obra escrita em coautoria com as professoras Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho (2013) afirma que esta pode ser considerada a partir da idade que esse menor apresente, seja por meio da condição ou do estado desse indivíduo que resulta em sua falta de capacidade de reagir a condutas de terceiros que venham a afrontar sua sexualidade. A partir disso podemos interpretar que, nesse texto legal, o legislador quis dar proteção para aquelas pessoas que não dispõem de discernimento para conseguir entender ou mesmo usar de resistência sobre algum ato que seja feito contra esse indivíduo atingindo sua liberdade sexual ou até sua dignidade como pessoa humana.

5. Violência sexual intrafamiliar

A violência sexual causada contra crianças e adolescentes pode ocorrer em diversos locais inclusive no âmbito doméstico. Tal forma de violência causa um transtorno enorme para todo o núcleo familiar uma vez que o seio familiar deveria ser o local que representa proteção e cuidado. Podem existir cinco meios de relações incestuosas: pai-filha; irmão-irmã; mãe-filha; pai-filho; mãe-filho. Todavia, se deve entender que o conceito se estende ao ponto que o abuso sexual cometido por tios, avós, primos, padrastos e madrastas também pode ser configurado como uma relação incestuosa de violência sexual (SEABRA; NASCIMENTO, apud, NEVES et al, 2010, p. 101).

Habigzang, Koller, Azevedo e Machado (apud, NEVES et al, 2010, p. 106) entendem que o abuso sexual dentro do âmbito familiar deve ser tido como algo incestuoso, mesmo que a relação entre o agressor e vítima não seja algo consanguíneo, já que aquele adulto representa um papel de protetor para aquela criança, abusando assim de sua confiança.

Sabourin (apud, PENSO et al, 2009, p. 144) afirma que nesta seara a ilegitimidade é o que existe de mais difícil de ser tratado, pois por se tratar relações de abuso sexual intrafamiliar e pelo fato desta violência ocorrer de diversas formas, existem vários meios de se manter segredo e o silêncio por parte da criança. Melhor dizendo, não se sabe exatamente como o agressor procede para que a vítima não venha a contar o que estava passando.

No âmbito da família, os efeitos da violência estrutural são reduplicados, não se podendo pensar a violência intrafamiliar sem considerar o processo estrutural de produção e manutenção da violência. É preciso também considerar a violência estrutural das relações de gênero que se manifesta nas relações familiares, principalmente nas relações entre pai, padrasto, tio e crianças do sexo feminino, sem se descartar as relações sexuais na família entre adultos e crianças ou adolescentes do sexo masculino. É preciso, ainda, levar-se em conta, a violência familiar intergeracional entre irmãos mais velhos e novos, entre primos e outras. (PEDERSEN; GROSSI, 2011, p. 29).

Tais abusos podem trazer consequências que atormentarão suas vítimas ao longo da vida. Pode-se então confirmar que o abuso sexual e suas possíveis consequências sobre a vítima “são primeiramente uma violação dos direitos humanos, não escolhendo cor, raça, credo, etnia, sexo e idade para acontecer” (CUNHA; SILVA; GIOVANETTI, apud, FLORENTINO, 2015, p. 140).

Segundo o Ministério Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, no ano de 2018 o disque 100 obteve um total de 152.178 violações de direitos da criança e do adolescente. Deste total, 72,66% referia-se a algum tipo de negligência, 48,76% de violência psicológica, 40,62% de violência física e em 22,4% tratava-se de violência sexual, ressaltando que uma denúncia pode envolver (e geralmente ocorre) mais de um tipo de violência.

O que os números nos apresentam é que mais de 83% dos casos de violência e exploração sexual de crianças e adolescentes são feitos pelos pais, mães, padrastos ou outros familiares das vítimas. Gradativamente mais de 70% dos casos de violência foi cometida no âmbito familiar do abusador ou da vítima. Houve uma diferenciação de números feita a partir do sexo de crianças com idade entre 1 e 5 anos: meninas 74,2% e de meninos são de 25,8%. A porcentagem em adolescentes com idade entre 10 e 14 anos são de 92,4 em garotas, e 7,6 em garotos (COELHO, 2018).

Os diversos tipos de violência sexual podem trazer consigo consequências psicológicas e até mesmo físicas. Furniss (apud, FLORENTINO, 2015, p.140) declara que as consequências ou o nível de gravidade sobre os possíveis efeitos do abuso sexual se diferenciam de acordo com as condições de cada vítima, entre eles se destacam: a idade que essa criança tinha quando se deu o início do abuso; a durabilidade e quantas vezes ocorreu tal violência; a intensidade da violência que foi utilizado no momento que ocorreu o abuso; a distinção de idade entre o agressor e a vítima do abuso; se possivelmente existe algum tipo de vínculo entre a pessoa que cometeu a agressão e a vítima; se ocorreu o uso de ameaças (violência psicológica), dentre outros.

O abuso sexual na sua forma intrafamiliar desafia o grau de confiança que existe entre a pessoa que comete a conduta e a criança vítima dessa ação pois tamanha violência ocorre no âmbito familiar deixando sequelas ao longo de toda a vida dessa criança, razão pela qual tal prática deve ser combatida com veemência e rigor buscando sempre, a todo custo, proteger o lado mais frágil.

6. Considerações finais

Através do presente trabalho foram analisados alguns dos crimes sexuais cometidos contra a criança, condutas que são previstas dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Penal Brasileiro e, de forma breve, seus respectivos princípios. Pôde-se também discorrer como

crianças se tornaram detentoras de direito, e que tais garantias não foram elaboradas de maneira rápida, porém foram ansiadas desde data longeva.

A real existência de diversas condutas criminosas e sexuais taxadas e cometidas contra a criança, levam a entender que a violência sexual pode ser cometida de inúmeras formas, igualmente criminosas, dentre elas o estupro de vulnerável que possui elevados índices no meio intrafamiliar. Estas ações, na maioria das vezes, são cometidas contra meninas, pelos pais, padrastos, tios ou algum vizinho próximo da família, obtendo assim um resultado preocupante quanto ao número de vítimas.

Mesmo com toda segurança, leis e programas de conscientização esse estudo demonstra que os números de ocorrência de abuso sexual contra crianças ainda são preocupantes, e precisam de nossa real atenção. Diante disso, as consequências físicas e psicológicas das vítimas podem se tornar permanentes e, pelo fato de ter ocorrido no seio da família, espaço que deveria ser de proteção, confiança, e de formação de valores, tais consequências podem resultar em completa descrença da validade do núcleo familiar e dos valores que representam. Portanto, deve ser dado destaque à proteção à infância e ao crescimento saudável em um meio familiar seguro, com o fito de se evitar as sequelas supramencionadas, que não se limitam às particularidades, mas podem afetar todo nosso tecido social.

Referências

ANDRADE, Franklyn Emmanuel Pontes de. Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. In: Jusbrasil. Disponível em < <https://franklynemmanuelpa.jusbrasil.com.br/artigos/579996775/evolucao-historica-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil>>. Acesso em 12 de março de 2020.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1981.

BAPTISTA, Rosilene Santos et al. Caracterização do abuso sexual em crianças e adolescentes notificado em um Programa Sentinela. **Acta paulista de enfermagem.**, São Paulo, v. 21, n. 4, p. 602-608, 2008. Disponível em < https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002008000400011>. Acesso em 13 de fevereiro de 2020.

- BRASIL, MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Crianças e adolescentes: Balanço do Disque 100 aponta mais de 76 mil vítimas. Disponível em <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/junho/criancas-e-adolescentes-balanco-do-disque-100-aponta-mais-de-76-mil-vitimas>>. Acessado em 12 de maio de 2020.
- CAMPOREZ, Patrick. Ministério dos Direitos Humanos conclui que quase 90% da violência sexual contra criança acontece no ambiente familiar. In: **O Globo**. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/sociedade/ministerio-dos-direitos-humanos-conclui-que-quase-90-da-violencia-sexual-contra-criancas-acontece-no-ambiente-familiar-23665391>>. Acesso em 12 de maio de 2020.
- COELHO, Tatiana. Maioria dos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes ocorre em casa; notificações aumentam 83%. In: **O Globo**. Disponível em <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/maioria-dos-casos-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-ocorre-em-casa-notificacao-aumentou-83.ghtml>>. Acessado em 15 de abril de 2020
- FLORENTINO, Bruno. As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes. In: **Fractal: Revista de Psicologia**. São João del-Rei. v. 27, n. 2, p. 139-144, maio-ago. 2015. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/fractal/v27n2/1984-0292-fractal-27-2-0139.pdf>>. Acesso em 12 de março de 2020.
- FONSECA, Júlia, Princípios norteadores do ECA. In: **Jusbrasil**. Dez, 2014. Disponível em <<https://juliabr.jusbrasil.com.br/artigos/155146186/principios-norteadores-do-eca>>. Acesso em 24 de fevereiro de 2020.
- JUNIOR, José Custódio da Silva. **Evolução dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes**. In: **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Vol. 13, pp. 61-74. janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/evolucao-dos-direitos-das-criancas-e-dos-adolescentes>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.
- LEVIN, Esteban. **A infância em cena: Constituição do sujeito em desenvolvimento psicomotor**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes , 1997 .
- LOPES, Bethânia, Violência sexual no âmbito familiar contra crianças e adolescentes. In: **Brasil escola - monografias**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola>>

uol.com.br/direito/violencia-sexual-no-ambito-familiar-contr-criancas-adolescente.htm>. Acesso em 10 de março de 2020.

MARCÍLIO, Maria Luisa. A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil 1726-1950. In: FREITAS, Marcos Cezar de. (Org). **História social da infância no Brasil**. São Paulo: Ed. Cortez, 2001.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MARTINS, Christine Baccarat de Godoy; JORGE, Maria Helena Prado de Mello. Abuso sexual na infância e adolescência: perfil de agressões e agressores no município do sul do Brasil. **Texto e contexto - enfermagem**. , Florianópolis, v. 19, n. 2, p. 246-255, junho de 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So1014-07072010000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 de março de 2020.

NASCIMENTO, Cláudia, BRANCHER, Vantoir, OLIVEIRA, Valeska, A construção social do conceito de infância: uma tentativa de reconstrução historiográfica. In: **Revista Linhas**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 04 ã 18, jan. / jun. 2008. Disponível em <<http://www.periodicos.udesc.br/index.php/linhas/article/viewFile/1394/1191>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

NEVES, Anamaria Silva, et al. In: **Temas em psicologia**. Uberlândia. Vol.18, n.1, pp. 99-111, 2010. Disponível em <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/tp/v18n1/v18n1a09.pdf>> Acesso em 05 de março de 2020.

PEDERSEN, Jaina Raqueli; GROSSI, Patrícia Krieger. O abuso sexual intrafamiliar e a violência estrutural. In: AZAMBUJA et al. **Violência sexual contra crianças e adolescentes**. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 25-34.

PENSO, Maria Aparecida et al. Abuso sexual intrafamiliar na perspectiva das relações conjugais e familiares. In: **Aletheia**. Canoas, v. 30, p.142-157, jul./dez. 2009. Disponível em <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/aletheia/n30/n30a12.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2020.

PRADO. Luiz Regis; CARVALHO. Érika Mendes, CARVALHO. Gisele Mendes. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acessado em 20 de fevereiro de 2020.

RIBEIRO, Márcia Aparecida; FERRIANI, Maria das Graças Carvalho; REIS, Jair Naves dos. Violência sexual contra crianças e adolescentes: características relativas à vitimização nas relações familiares. In: **Cadernos de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 456-464, Abr. 2004 Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So102-311X2004000200013>. Acesso em: 06 de março de 2020.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; SANCHES, Rogério. **Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo: lei 8.069/1990**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

SANCHES, Leide, GABRIELA, Gabriela, RAMOS, Mariana, ROZIN, Leandro, RAULI, Patricia. Violência sexual infantil no Brasil: uma questão de saúde pública. In: **Revista Comillas**. Disponível em <<https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica/revistaiberoamericana/article/view/9654>>. Acesso em: 05 de Abril de 2020.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Função dos princípios constitucionais. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, v.7, n.13, p.157-166, jan./jun. 2004.

O executivo na composição da cúpula do judicário estabelecido na Constituição de 1988: Uma análise crítica sob a ótica da separação de poderes

*Rodrigo Shayath da Silva Santo*¹

*Wilker Batista Cavalcanti*²

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo colocar em discussão a teoria da separação dos poderes no Brasil, com enfoque na escolha dos ministros dos tribunais superiores pelo presidente da república, fazendo, inicialmente, uma reconstrução histórica dessa teoria, passando pelos principais autores, dos primórdios até alcançar a contemporaneidade. Não terá capítulo específico para conceituar tal teoria, isto será feito ao decorrer do trabalho como em ordem cronológica, tal maneira de organização será necessário já que os momentos históricos são cruciais para cada instituto que

¹ Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST).

² Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Doutor em função social do Direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2019), mestre em Administração pela FEAD (2014) com ênfase em Gestão Pública, especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2014) e em Metodologia da Educação Superior pela Universidade Estadual do Maranhão (2005), graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes - Rio de Janeiro (1996). Atualmente é Assessor Jurídico da Prefeitura Municipal de Imperatriz e professor universitário. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Atua principalmente nos seguintes temas: Direito Constitucional, Direito Administrativo e Processo Civil. É advogado. Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - "Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais". Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. E-mail: wilkercavalcanti@hotmail.com

compõe tal teoria da separação dos poderes, trataremos apenas do ocidente³.

Quando conceituado os principais termos de maneira que se possa chegar ao que se estabelece na nossa constituição 1988, passa-se a discutir a questão central deste trabalho que é analisar a provável interferência do executivo federal nos órgãos de cúpula do judiciário brasileiro. E descrever se o modelo erigido na nossa constituição deixa prejudicado a independência do judiciário ao ponto que, possivelmente, infla o executivo federal.

2. Surgimento da separação dos poderes

Durante séculos ao redor de todo o mundo o poder ou era absoluto, ou concentrado demais, a ordem política era mecanismo de controle e opressão, um exemplo clássico disso marcado nos anais da história foi a memorável frase de Luis XIV da França, que afirmava “L’État c’est moi”⁴, eu sou o estado. Poucas são as exceções a isto antes da idade moderna, do chamado século de luzes em diante, diga-se de passagem que a mais memorável seja o caso da democracia da Grécia antiga⁵ (BONAVIDES, 2000). Todavia, a democracia inexistente sem separação dos poderes⁶, já que para ser exercida é necessário que o poder seja limitado, desta maneira, essa separação é princípio basilar para toda e qualquer organização política contemporânea que preze pelo respeito à democracia aos direitos fundamentais.

O mais antigo autor que se conhece em matéria de separação dos poderes é Aristóteles, na obra a política elaborou importantes preceitos que influenciaram os autores do iluminismo. Na época a cidade estado de Atenas era uma democracia, direta, apesar de haver críticas ao modelo de democracia que eles adotaram, para Gaetano Mosca “o que se chamava de

³ A primeira menção a teoria da separação dos poderes surge na Grécia, e depois é amadurecida no Reino Unido e França.

⁴ http://ead2.fgv.br/l5/centro_rec/pag/comentarios/comentarios3/absolutismo_prad.htm

⁵ Ciência política. Paulo Bonavides. 10º edição. P. 346.

⁶ Leia-se separação de funções onde está escrito separação de poderes.

democracia era apenas uma aristocracia mais branda”, já que as mulheres, escravos e metecos⁷ não tinha um status de cidadão. Todavia, o que mais importa nesse momento histórico é a teoria elaborada por Aristóteles para a separação dos poderes, e limitação do poder político. Segundo o autor era necessário que as funções fossem divididas em deliberativas, magistraturas⁸ e a judiciária.

Houve um vácuo, ou melhor, a idade média também conhecida como idade das trevas, o período foi marcado por “uma aristocracia originalmente militar se autodesignava um território e sua população. O senhor feudal detinha o poder econômico, o político, o militar, o jurídico e o ideológico sobre os seus servos (STRECK, 2014). Como se pode imaginar não havia delimitação das funções do estado, e uma separação entre órgãos distintos. Depois do estado medievo, surge o estado moderno, porém sua primeira forma foi a absolutista⁹, não há uma data exata para esse surgimento. O legislativo, executivo e judiciário assentava-se na figura do monarca que ora confundia-se com a própria ideia de soberania, seu poder era considerado fruto da vontade divina.

Um importante marco, para este artigo pois envolve essa teoria, dessa época é a revolução gloriosa em meados do século XVII, em que o parlamento depôs o monarca e substituiu a monarquia absolutista pela monarquia constitucionalista na Inglaterra. Com o estado moderno nasce também um novo constitucionalismo, no século XVII, Hobbes, no *Leviatã*, e Locke, no *Segundo Tratado do governo civil*, desenvolveram a concepção de que a própria sociedade se funda num pacto (FERREIRA FILHO, 2012). John Lock esteve envolvido diretamente na revolução gloriosa, era oriundo de família de comerciantes burgueses, nasceu em 1632 e fora de vera influenciado por ideais burgueses, tendo participado de círculos intelectuais, também foi um ferrenho crítico da monarquia absolutista, defendendo a

⁷ Estrangeiros residentes na metrópole.

⁸ Leia-se executivo.

⁹ Como primeira expressão do Estado Moderno, vamos observar que a estratégia de construção da nova forma estatal, alicerçada na ideia de soberania, vai levar à concentração de todos os poderes nas mãos dos monarcas, o que vai originar as chamadas monarquias absolutistas (STRECK, p. 37.).

não intervenção do estado sobre o indivíduo e a sujeição do monarca a suas próprias leis¹⁰, o que lhe redera o exílio em 1657 na França.

Já em 1688, quando ocorre a revolução, Locke retorna a Inglaterra onde pode melhor desenvolver suas ideias, deixando de ser oposição e passando a ser situação. O parlamento passa a ser o principal poder, em oposição ao executivo que continuaria a ser exercido por outro monarca, no caso um genro do monarca deposto. Dois anos após a dita revolução Locke publica “dois tratados sobre o governo civil”, sendo que no segundo é desenvolvido a teoria de limitação do poder. Em que pese as ideias de Locke contrariando o absolutismo, destaca-se a negação da investidura de poder divino e eterno que era atribuído ao monarca, e logo ao pacto político. Para ele o homem é naturalmente livre, e o pacto político não é nada além do consentimento dos indivíduos, e com objetivo de defender “os bens e liberdades, que o autor achou conveniente chamar de propriedade”. Se o pacto político é pautado pelo bem do povo, logo conclui Locke que de acordo com esse objetivo, seria incompatível usar como meio “o poder absoluto, pois não é congruente com as finalidades”.

John Locke por sua vez, segundo Wilker (2017), “sistematiza quatro funções sendo legislativa, executiva, federativa e prerrogativa”, sobre o legislativo preceituava Locke:

O poder legislativo é aquele que tem competência para prescrever segundo que procedimentos a força da comunidade civil deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros. Entretanto, como basta pouco tempo para fazer aquelas leis que serão executadas de maneira contínua e que permanecerão indefinidamente em vigor, não é necessário que o legislativo esteja sempre em funcionamento se não há trabalho a fazer; e como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos

¹⁰ Camila Oliveira Vale, XXV simpósio de história - fortaleza 2009.

daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo (LOCK capítulo XII).

O executivo, entretanto, é análogo ao chefe do governo, Wilker citado Locke define o seu significado na doutrina deste:

É necessário que haja um poder que tenha uma existência continua e que garanta a execução das leis a medida em que são feitas e durante o tempo em que permanecerem em vigor, sendo, portanto, o poder responsável pela execução das normas criadas pelo legislativo (WILKER, 2017, p. 92).

Já a função prerrogativa, também ligada ao executivo, é muito parecido ao que se chama hoje de chefe de estado, pois tal função era encarregada da política entre as nações, ou seja, da política internacional, de fazer guerra, paz, assim como transações internacionais. Na mesma linha a função prerrogativa está ligada ao executivo, é uma espécie de função que não poderia esperar o legislativo dada ao caráter de urgência da situação. O judiciário para o autor era incluído no legislativo, já que a função legislativa do juiz imparcial é exercida na comunidade política (PECIOLE, 2006, p.26, apud WILKER, 2017, p.93). Diga-se de passagem, que com e Locke estamos diante do início da teoria da segunda forma de estado moderno, que é o liberal, e uma das suas principais características é não só a limitação das funções da autoridade, como também, uma divisão dessa autoridade em diferentes órgãos, a chamada divisão orgânica funcional.

Já na França, no século XVIII, surge um outro contratualista, o Barão de Montesquieu, e se Locke amadureceu as ideias de Aristóteles, Montesquieu refina as de Locke. Sua obra celebre foi “o espírito das leis”, ele era a favor do governo moderado, uma monarquia constitucionalista, não concordava com a república, e não poderia ser diferente já que pertencia a classe dos nobres. Foi responsável por desenvolver a teoria tripartite da separação dos poderes, adotada pelo Brasil e por diversos outros países ao redor do globo hoje. Na concepção de Montesquieu as funções inerentes ao estado deveriam ser divididas entre executivo, legislativo e judiciário.

Uma das principais contribuições do teórico, dentre inúmeras, é a concepção da autonomia do poder judiciário (STRECK. 2014. P. 321)

Todavia, a maior contribuição do autor foi a ideia de “contenção do poder pelo próprio poder”(Macedo. 2009), nessa concepção os poderes deveriam fiscalizar um ao outro, nas palavras de Paulo Bonavides (2000, p. 175) “E para que não se possa abusar desse poder, faz-se mister organizar a sociedade política de tal forma que o poder seja um freio ao poder, limitando o poder pelo próprio poder”. A carta constitucional de 1988 adotou a teoria tripartite de separação dos poderes: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, tal princípio é tão importante que o constituinte originário ainda previu que não será objeto de emenda constitucional a separação dos poderes, portanto é *clausula pétrea* (artigo 6o, §6º, inciso III da /88), sua supressão só será possível com nova constituinte.

Tal ideia foi instituída pela primeira vez, como princípio basilar de ordem política e democrática, na declaração dos direitos do homem e do cidadão em 1789, na revolução francesa, “**Art. 16.** A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”¹¹ Entretanto, aponta Dimitri Dimoulis (2008. P. 146):

Na realidade, o estudo dos respectivos textos indica que nenhum desses pensadores esboçou um esquema de organização estatal semelhante a separação orgânica e material-funcional de poderes que conhecemos atualmente. Nem mesmo pensadores como Locke e Montesquieu tinham em sua mente algo parecido com a atual separação de poderes como princípio específico que não se confunde com considerações gerais sobre o equilíbrio social e político.

A partir do escrito do autor, é possível inferir que, a separação dos poderes é considerada um princípio constitucional, e não mais instrumento de conjuntura política de mero combate ao arbítrio, como em

¹¹ Biblioteca virtual de direitos humanos – USP. <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>.

outrora. No mesmo sentido, argumenta Lenio Streck (2018, p. 327) que a teoria se consolida como um princípio geral de separação de funções e postulado básico e aglutinador da teoria de constituição. Da mesma ideia comunga o honorável jurista português Canotilho (2003, p.549) que qualquer teoria de funções do estado são os princípios da organização constitucional e concreta delimitação de competência nas constituições. Assim sendo, inegável é a importância da teoria para a constituição, para a democracia, já que esta é adversa a concentração de poderes

3. Funções

Como já dito, o legislador constituinte originário adotou a teoria tripartite da separação dos poderes como princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, prova disso é que a elevou a *clausula pétrea*, só podendo ser suprimido a partir de outra constituinte. Apesar de usual na academia “separação dos poderes” não é o nome mais técnico, devemos falar em separação de funções, e nesta esteira o poder legislativo faz as leis, conforme artigo 44 e seguintes, o executivo as executa (administra), conforme artigo 76, e o judiciários é a quem cabe fazer com que as leis sejam cumpridas, conforme artigo 92 em diante. Todos da constituição. Estas são as funções típicas, precípua a cada poder, foi que elaborou os antigos autores, Canotilho (2003, p. 558) fala em adequação funcional, em que alguns órgãos são os mais adequados a desempenhar certas funções de estado, não que ele seja o único legitimado como se verá adiante.

Por outro lado, hoje fala-se também em funções atípicas, é quando um poder pratica um ato que seria função de outro, o legislativo julga, executivo legisla e judiciário executa por exemplo, e elas estão espalhadas pela carta constitucional. Afirma o supracitado cientista político Paulo Bonavides (2000, p. 185) que não há mais lugar para uma separação rígida, e como já afirmado aqui, sua função não é mais lutar contra o absolutismo e arbítrio, mas sim ser princípio fundante de uma ordem democrática constitucional e garantidora dos direitos fundamentais.

Porém, apesar de ser majoritário o entendimento de que as funções não podem mais ser separadas de forma rígida, no que pese isso, Canotilho (2003, p. 559) afirma que deve ser respeitado o que ele chama de núcleo fundamental, que seria as funções típicas, apesar da possibilidade de ser divididas com outro órgão não pode ultrapassar esse ponto. O sentido aqui é evitar que algum dos poderes caminhem em sentido ao monismo de poder, de forma que possa passar a desempenhar as funções de outros órgãos de forma ilegítima e desequilibrando a balança.

3.1 Funções atípicas do presidente

Hoje, a doutrina considera mais uma função em cada poder, essa exceção veio a ser chamada de função atípica como visto. Dentro dessas funções atípicas o constituinte originário achou conveniente delegar o chefe do executivo federal a escolha da cúpula do judiciário e do procurador geral da república:

Art. 84. Compete privativamente ao presidente da república:

(...)

XIV – nomear, após aprovação do senado federal, os ministros do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, os governadores de território, o procurador-geral da república, o presidente do banco central e outros servidores, quando determinado em lei.

No entanto, não se pode olvidar que um dos princípios da separação dos poderes é a independência entres os poderes-funções instituídas pela constituição. Como veremos os ensinamentos do ilustre jurista Canotilho (2003, p.557) que aponta que a independência é núcleo duro, os julgadores estão adstritos tão somente as fontes de direito constitucionalmente reconhecias, que é a independência funcional e a independência externa que diz que não pode o judiciário ser influenciado por órgão alheio, como por exemplo interferência do presidente da república.

Essa forma de nomeação do judiciário pode ser que mitigue a independência do mesmo. O presidencialismo brasileiro, infla de tal forma os

poderes do executivo federal que pode até mesmo influenciar o judiciário de forma ilegítima e inconstitucional, não se nega que essa forma de governo o executivo é o poder principal, mas o que se faz crítica, é sua quase hegemonia perante os demais. Apesar de previsto na constituição, tal forma de nomeação, é deletéria a nossa democracia, pode tornar o judiciário relativamente dependente do chefe do executivo, subvertendo a própria ideia de separação dos poderes.

Segundo Canotilho (2003. p. 661) a independência pressupõe outro princípio, que é o da imparcialidade, e, este só é possível se o julgador não tiver ligação com uma das partes. Em dissonância a isso, os ministros do STF são escolhidos a partir de conveniência ideológica.

4. Critérios de nomeação do STF e demais tribunais superiores

O STF surgiu em 1828, mas apenas com a constituição de 1991 passou a ter o status de guardião da constituição, e tal elevação se deu pela forte influência da carta norte americana na nossa primeira carta republicana. Desde já os ministros foram escolhidos pelo chefe do executivo federal, assim continua até os dias de hoje. “Desde a republica o cargo passou a ser vitalício, e no governo Peixoto 5 nomes foram recusados pelo senado feral incluso o de um médico” (Ferreira, Gilmar mendes, 2019), depois disso não houve mais recusa por parte do senado.

Os critérios que devem ser seguidos pelo presidente, segundo a constituição art. 101, são notável saber jurídico, idade entre 35 há 75 anos, e reputação ilibada, aprovação por maioria absoluta pelo senado federal (art. 52, inciso III, alínea a), depois da posse o cargo será vitalício. As críticas a este modelo de nomeação dos ministros da corte constitucional serão feitas no próximo capítulo. Insta-se ressaltar que que o STF não tem apenas funções de tribunal constitucional, mas como também de tribunal de ultima instancia, como observa Andre Ramos Tavares (2020. p. 1195) “possui competências originarias alheias as questões constitucionais, e

competências recursais” Canotilho também difere jurisdição constitucional e ordinária.

Por sua vez, o STJ no tocante a composição, mostra-se mais complexo que o próprio STF, já que permite a participação do próprio órgão, da OAB e do Ministério Público. O artigo 104 estabelece que:

Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e dos Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

O STJ, é quem elaborada a lista tríplice do terço advindo dos TRFs e TJs, vale notar que em relação aos membros oriundos dos TRFs, estes podem ser oriundos do quinto constitucional, previsto no artigo 94, conforme se denota à partir do artigo 107 serão nomeados pelo presidente. Suponha que um partido fique muito tempo no poder, a exemplo do PT (2002-2016), seria plenamente possível, hipoteticamente falando, em que a lista tríplice com candidatos a membros do STJ, oriundos dos TRFs, fosse composta exclusivamente por membros que foram indicados pelo presidente ou pelo seu predecessor do mesmo partido.

Ou ainda pior, suponha-se que nesse mesmo cenário, o partido desse presidente tivesse escolhido a maioria dos membros do STJ, que por sua vez, enviaria uma lista tríplice com membros dos TRFs, que em outrora foram indicados pelo próprio partido. Seria um vício legal que poderia levar a obscuros cenários políticos como se posse observar na Federação Russa. Já em relação ao terço advindo da OAB e MP, em partes iguais de 1/6 cada, essas instituições elaboraram lista sêxtupla que irão enviar ao

STJ, que por sua vez a enxugara tornando-a e tríplice e remetendo ao presidente que irá escolher um. Assim como o STF, o candidato a cadeira será aprovado pelo senado, mais uma vez se nota as expressões indefinidas de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Já o Tribunal Superior Eleitoral, conforme o artigo 118, é composto por sete membros dos quais são três membros do STF, eleitos pelo próprio tribunal, dois membros do STJ, eleitos pelo próprio tribunal e dois advogados com notório saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo STF em lista sêxtupla. Agora, em uma hipótese de um determinado partido político se encontrar a muito tempo no poder, detendo assim maioria no STF e STJ o que levaria um aparelhamento do TSE. Ou mesmo uma situação em que apenas o STF conte com maioria composta pelo grupo político de situação, o que lhe daria a possibilidade, de ter cinco dentre os sete do TSE, já que três são oriundo do STF e outros dois são por este órgão indicado. O STF conta com menos juízes o que sugere uma maior possibilidade de vacância de cargo, e logo, uma maior possibilidade de determinado grupo político conseguir compor maioria, em detrimento do STJ que são trinta e três ministros. Quero dizer que se o presidente tiver maioria nesses tribunais, poderá aparelhar o TSE.

Diferente do STJ e TSE, o TST conta com o quinto constitucional, o órgão é composto por vinte e sete ministros de 35 a 65 anos, em que um quinto é oriundo da advocacia e ministério público, ambos os casos deveram contar com mais de dez anos de atividade profissional nas suas respectivas áreas, com listas tríplices enviados pelos respectivos órgãos. Os demais dentre juízes dos tribunais regionais do trabalho, oriundos da magistratura de carreira indicados pelo próprio tribunal superior, artigo 111-A.

Passa-se agora a analisar o Superior tribunal militar, que tem previsão no artigo 123, sedo composto por quinze ministros, dentre os quais dez são militares e cinco civis. Dentre os dez militares são três da marinha, três da aeronáutica e quatro do exército, todos da ativa e do posto mais elevado de carreira. Já, os cinco civis serão nomeados dentre três

advogados com dez anos de carreira, notável saber jurídico e reputação ilibada, dois entre juízes auditores ou membros do ministério público, oriundos da justiça militar. Em todos os casos deve ser aprovado por maioria simples do senado, livremente indicados, sem lista.

4.1 Críticas apontadas a nomeação dos ministros do STF

Primeiro, é mister anotar algumas considerações, ocupando o STF tanto a cúpula do judiciário, como a de interprete e guarda da constituição é possível inferir que ocupa uma posição essencial no quadro institucional brasileiro. Sem embargo, seria um disparate acreditar que tal órgão, dada as suas funções, não poderia influenciar na nossa democracia. Feito essa breve introdução, vamos justifica-la. Note que notável saber jurídico é algo subjetivo, e é averiguado na sabatina do senado, algo simbólico, pois, como já dito desde de Floriano Peixoto não mais recusou-se nenhuma indicação do presidente, Daremos o exemplo aqui em diversas passagens do ministro Dias Toffoli, que em se tratando de notório saber jurídico resta dúvidas, pois foi reprovado para o concurso da magistratura, e, não possui nenhuma pós graduação.

Sobre essa forma de compor o superior excelso, afirma Newton Tavares filho (2016) “que a participação dos poderes eleitos atribuiria, em tese, legitimidade democrática aos integrantes do tribunal e permitiria um controle recíproco”. Continuai ainda com uma crítica contundente:

O sistema em vigor não é, contudo, imune a críticas. A primeira e mais importante refere-se ao papel do Senado Federal na aprovação dos candidatos. Historicamente, a Câmara Alta limita-se a chancelar a escolha do Presidente da República, após arguições meramente protocolares. É eloquente o fato de que, em toda a longa história republicana, o Senado recusou apenas cinco indicações, todas no ano de 1894. Ou seja, em 127 anos (1889 a 2016), houve a recusa de apenas cinco candidatos a Ministro (estudo técnico 2016. Câmara dos deputados).

Tais afirmações, foram por este pesquisador feitas em um trabalho requerido pela câmara dos deputados, de forma que é possível vislumbrar tamanha importância de tal discussão, o direito e nossas instituições democráticas passam por constantes evoluções, de forma que, não se pode olvidar que o papel do pesquisador é de importância da mais elevada nesse processo de aprimoramento. Mas, de volta a tema central, vamos exemplificar novamente o achincalhamento que é uma sabatina no senado, dessa vez marcada pelo machismo, o alvo foi a primeira mulher a fazer parte da corte suprema, ministra Ellen Grace que ingressou em 2000 e passou a presidir a corte, e sessão de aprovação da CNJ teve os seguintes comentários de alguns senadores:

"A senhora não veio ser sabatinada, veio ser homenageada", declarou o senador José Agripino.

O líder do governo no Senado, Aloizio Mercadante, seguiu a mesma linha: "Eu não poderia deixar de participar dessa homenagem."

Depois de afirmar que conhecia as qualificações profissionais de Ellen Gracie, o senador Wellington Salgado anunciou: "o meu voto ainda leva em conta a beleza e o charme. Assim voto com muito prazer."

Já Mozarildo Cavalcanti disse que falaria não como senador, mas como "médico ginecologista". Fez elogios às mulheres em geral e afirmou entendê-las em razão da atividade profissional. "Como ginecologista, aprendi a lidar de perto com as mulheres, a entender muito profundamente a sensibilidade feminina."

Ao final da sessão, após a aprovação unânime, o presidente da CCJ, Antonio Carlos Magalhães, tentou amenizar as declarações dizendo que a ampla aceitação do nome dela se devia "à elegância física e moral, à dignidade e sobretudo à competência" da ministra.¹²

Fora de propósito, não há como nominar tais atitudes de forma diferente, sendo ainda possível ver a fragilidade dessa maneira de compor a corte, resta claro que tal sabatina não cumpre a função de o legislativo fiscalizar o executivo nesse contexto.

¹² <https://www.migalhas.com.br/quentes/253647/sabatina-de-ministros-do-stf-se-tornou-mais-longa-com-o-passar-dos-anos>

Passa-se agora aos números, com advento da emenda constitucional de 1997 passou a ser possível a reeleição dos cargos do executivo, um exemplo foi os oito anos do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. No fim da segunda legislatura “o presidente Lula já tinha escolhido o8 ministros de onze” (FERREIRA; GILMAR MENDES, 2019). Seria um exercício intelectual disforme pensar que estas escolhas não estão ligadas a partidarismos, ou seja, há uma partidarização do tribunal, a exemplo do ministro Dias Toffoli que fora advogado do PT. Não se faz aqui uma crítica ideológica, poderia ser um partido de direita, o que se quer demonstrar é a apropriação indevida em que alguns setores em determinado momento histórico fazem dos aparelhos do estado.

Nessa mesma linha de pensamento afirma Jeferson Moreira de Carvalho “que há uma preocupação de que as nomeações para o supremo tribunal federal, bem como para os tribunais superiores, sejam consubstanciadas apenas em relacionamento de amigos”. Note que as palavras do pesquisador corroboram com o aqui afirmado, de que a independência do judiciário possa estar sendo mitigada. Continua ainda, ao afirmar “que há certos casos que tais nomeações deixam dúvidas quanto a exigível imparcialidade dos julgadores”. Por sua vez Newton Tavares filho cita uma declaração de um advogado na folha de são Paulo: “Esse critério não pode ser baseado em fatores políticos nem em questões ligadas a partidos, sob o risco de transformar o STF numa corte político-partidária”. Conforme isso, vamos as palavras de Andre Ramos Taveres, que em entrevista a folha de são Paulo¹³ disse:

O modelo exclusivamente político e pessoal de escolha admite uma estranha e indesejada proximidade entre o futuro integrante do tribunal e o chefe do Executivo que o indicou, numa espécie de cumplicidade que pode solapar a imprescindível imparcialidade que se espera do tribunal. Permitir essa seleção unipessoal do presidente da República é admitir que venha a ocorrer a temida politização partidária do tribunal, realidade incontestável no caso da Suprema

¹³ <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opinia0/fz1907200809.htm>

Corte norte-americana. (...) A atuação do Senado, no Brasil, tem sido pífia: invariavelmente se curva às escolhas presidenciais, confirmando-as.

Conforme isto, acreditar que o executivo não exerce certa influência no nosso guardião da constituição, e também tribunal de ultima alçada, é acreditar na letra fria da norma constitucional que diz que “os poderes são independentes entre si”, não que os poderes não devam fiscalizar um ao outro, mas sim, que essa forma de o executivo fiscalizar o judiciário não é a maneira mais adequada, não se ter a intenção audaciosa de apontar solução para o problema, mas apenas apontar que é virulento, podendo descredibilizar e desacreditar nossas instituições perante os cidadãos. Entretanto, alguns legisladores federal já tentaram dar algumas soluções o ex Senador Marconi Perillo (PSDB/GO) propôs a emenda a constituição N^o 12/2010¹⁴, o tema era:

Determina que os Ministros do Supremo Tribunal Federal sejam nomeados pelo Presidente da República a partir de lista tríplice elaborada pelos Tribunais Superiores, que não tenham condenação criminal e que possuam mais de 10 anos de atividade jurídica, atendendo a dois dos seguintes requisitos: título não inferior ao de mestre em Direito, tese e trabalhos publicados, atuação jurídica destacada.

Vejamos, o senador do sentido a reputação ilibada, já que não poderia ter tido condenação, e notório saber jurídico viria acompanhada de exigências de títulos acadêmicos o que é bem razoável, assim como uma experiência de 10 anos. O mais importante, os próprios tribunais enviariam a lista ao presidente, dando ares de maior independência do judiciário. Passa a expor a PEC 342/09¹⁵:

(...) mandato de 11 anos para os ministros do Supremo Tribunal Federal. A proposta, no entanto, veda a recondução, e a participação do presidente do Senado, da Câmara e do Judiciário, além do presidente da República, no processo de seleção de seus membros. A PEC 342/09 é de autoria do deputado

¹⁴ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96885>

¹⁵ <https://www.conjur.com.br/2009-mar-26/camara-recebe-pec-propoe-mandato-11-anos-supremo>

Flávio Dino (PCdoB-MA). Pela proposta, o presidente da República poderá indicar cinco ministros, desde que a escolha seja aprovada por três quintos dos membros do Senado. Câmara dos Deputados, Senado e Supremo Tribunal Federal terão, cada um, dois nomes para indicar.

Note, mais um vez a participação do próprio judiciário, além do legislativo que é a casa do povo, e a importantíssima limitação de temporal, em alguns outros países, como Áustria, Alemanha, Portugal e Espanha, só para exemplificar, a escolha do tribunal constitucional tem participação de mais de um órgão ou limitação do tempo do mandato dos julgadores.

Recentemente, o atual presidente da república, Jair Messias Bolsonaro (2018-2022) declarou que o substituto do decano Celso de Melo, terá que “tome cerveja com ele no fim de semana”¹⁶. Tal declaração, atual (2020), corrobora com o que apontamos aqui a respeito dessa atípica (in)constitucional, do presidente, que leva ao descrédito a independência do STF, não que seja subordinado, não que os membros dos poderes de forma legítima não possam se encontrar e debater sobre nossos contextos políticos de forma harmônica e independente, mas sim, que tais encontros não objetivados por interesses espúrios. Antes disso:

Jose Antônio Dias Toffoli, foi oficialmente em 17 de setembro de 2009 para ocupar o assento vago. Toffoli foi assessor da liderança do partido dos trabalhadores na câmara dos deputados e advogado do presidente Lula nas disputas eleitorais de 1998, 2002 e 2006. (Supremo Tribunal Federal, composição e nomeações de seus ministros – Leonardo scofano damasceno Peixoto)

Veja que o escolhido pelo presidente nesta ocasião tratava-se literalmente de um defensor seu, e que possivelmente, suas convicções partidárias, não filosóficas ou ideológicas, mas sim partidárias incidiram em duas decisões. Nessa mesma linha de pensamento aponta Jeferson Moreira de carvalho que:

¹⁶ <https://jornaldebrasil.com.br/politica-e-poder/bolsonaro-diz-que-novo-ministro-do-stf-tem-que-tomar-cerveja-com-ele/>.

Aquele que está comprometido com ideologia partidária não consegue de um dia para o outro despir suas ideias de parcialidade e ter comportamento imparcial, esquecendo-se de toda carga direcionada e de seu passado. Este julgado comprometido com seu partido político, traz sérios perigos para a nação.

Como se pode ver, este autor também compartilha da ideia de que o presidente da república interfere indevidamente no judiciário, mais do que isso, Jeferson Moreira de Carvalho aponta uma supremacia do presidente em relação aos outros poderes.

Apontados esses argumentos, o que se tem como preocupação é a imparcialidade dos ministros a suprema corte nomeados por essa sistemática. Afirma, Jeferson Moreira de Carvalho (2005) “que tal maneira de compor o STF desvirtuaria o critério objetivo que deve inspirar a nomeação de qualquer julgador” de forma que o julgamento do mesmo estaria sempre sob suspeita de estar imerso em imparcialidade e intenções escusas, que não são congruentes com a ordem constitucional, nem com a legitimidade que a carta política confere aos julgadores. Poderia haver uma maior pluralidade de órgãos na composição dos tribunais superiores, sobretudo no STF por ser o guardião da constituição.

Se Jeferson Moreira de Carvalho, André Ramos Tavares e Newton Tavares Filho apontam a intenção, por parte do presidente em nomear seus partidários para as respectivas cortes, Cláudia Turner e Mariana Prado justificam esta intenção. Segundo as autoras há uma intenção (Turner e Prado) “de maximizar o número de nomeados, e prolongar a permanência dos mesmos nomeando gente mais jovem”, exemplo, novamente de Dias Toffoli, tal intento, ainda segundo as autoras é para que, em uma possível perda de disputa eleitoral futura, possa, o grupo político continuar influenciando nas instituições de estado, fora, claro, enquanto estiverem no poder.

5. Considerações finais

Por fim conclui-se que essa forma de nomeação dos tribunais superiores, sobretudo do STF, está em desarmonia com os princípios constitucionais erigidos pela própria constituição, princípios de democracia e contenção do poder pelo próprio poder, princípio da independência do judiciário, princípio da harmonia entre os poderes e princípio da imparcialidade do judiciário. Posto que o presidente tem um acúmulo de funções, algumas delas, como a nomeação dos ministros de tribunais superiores e do tribunal constitucional, torna-o inflado de tal maneira que sem dúvida torna-o sobreposto em relação a cúpula do judiciário brasileiro, e segundo Canotilho (2003) não há hierarquia entre os poderes apesar de não haver mais uma separação absoluta, e haver uma interdependência, está não pode ser tão íntima a ponto de causar suspeição nas decisões dos tribunais superiores.

Não se quer dizer que o judiciário é seu refém, ou mesmo um órgão a disposição do governo, do presidente, mas sim que, acaba discredibilizando as instituições e colocando em cheque a credibilidade dos julgadores e sua imparcialidade. Já que, que a escolha dos ministros nem sempre tem o critério técnico como preponderante, de forma que os laços políticos partidários e de proximidade pessoal por vezes sobrepuja os indefinidos critérios técnicos previstos na constituição, quais sejam, notório saber jurídico e reputação ilibada. Certo que esta função atípica do presidente de escolha dos ministros teoricamente faz parte do controle de um poder pelo outro, mas parece que há um desvirtuamente. Por sua vez, esses critérios técnicos deveriam ser melhores definidos, seja por emenda constitucional, seja por lei complementar. Reputação ilibada pode ser definido como a não condenação definitiva, ou seja, transitada em julgado, já o tão famoso saber jurídico poderia/deveria estar relacionado com a vida acadêmica, seja de pesquisador ou magistério, além de cobrar o mínimo de mestrado ou uma larga experiência na área jurídica, como vimos em emenda

constitucional além disso deveria ter um limite temporal no mandato dos ministros.

Por outro lado, tem quem alegue que a escolha é feita pelo presidente para dar legitimidade democrática aos ministros destes tribunais, todavia está alegação torna-se infundada, tendo em vista que esta legitimidade foi dada pela própria constituição, e, o poder constituinte originário que é o exercício maior de soberania popular em uma democracia representativa, assim sendo, a legitimidade dos julgadores desses tribunais vem do próprio povo, não sendo necessário o presidente se imiscuir com tal justificativa. Porém, já que que o Brasil tem apego ao chefe do executivo e muito dificilmente irá tira esta atribuição do presidente, já que o Brasil tem um apego pelo chefe do executivo, o que pode-se fazer é ver exemplos de outros países, não apenas “copiar e colar” o direito estrangeiro, mas da participação a outros órgãos, como, o próprio Judiciário, a OAB e o parlamento, pois este até mesmo em regimes presidencialista é a casa do povo. Ai sim, os tribunais superiores estariam mais legitimados ainda, já que em uma democracia, a participação do judiciário justifica-se por si só, e da OAB pelo histórico de defender a democracia e pelo fato de ser órgão com múnus público que tem como função defender a justiça e a democracia. Por fim, esta questão deve ser pauta das discursões políticas do nosso país nos próximos anos, para quem sabe chegar-se a uma solução.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**: ciência política. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. 616 p.

BRASIL. **Constituição Federal. 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**: teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003. 1522 p.

CAVALCANTI, Wilker Batista. A separação dos poderes: reflexões sobre sua evolução e atualidade: a separação dos poderes: reflexões sobre sua evolução e atualidade. In: CARVALHO, Jéferson Moreira de. **Montesquieu: neoconstitucionalismo, ativismo judicial e dignidade da pessoa humana. neoconstitucionalismo, ativismo judicial e dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Moreira & Carvalho, 2017. Cap. 3. p. 83-110.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. **A supremacia (in)constitucional dos poderes do Presidente da República e a teoria da separação dos poderes.** 2005. 205 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. Outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP) 1. Brasil - Constituição (1988) 2. Direito constitucional I. Canotilho, J. J. Gomes II. Sarlet, Ingo Wolfgang III. Streck, Lenio Luiz IV. Mendes, Gilmar Ferreira.

DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação dos poderes: significado e atualidade da separação dos poderes. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos. **Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio. Os desafios do terceiro milênio.** Belo Horizonte: Forum, 2008. Cap. 5. p. 143-161.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional:** curso de direito constitucional. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 426 p.

_____. **Liberdades Públicas.** São Paulo, Ed. Saraiva, 1978. Disponível em: <https://jornaldebrasil.com.br/politica-e-poder/bolsonaro-diz-que-novo-ministro-do-stf-tem-quetomar-cerveja-com-ele/>.

LOCKE, J. **Dois tratados sobre o governo civil.** São Paulo, Martins Fontes, 2001.

MIGALHAS. Sabatina de ministros do STF se tornou mais longa com o passar dos anos, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/253647/sabatina-de-ministros-do-stf-se-tornou-mais-longacom-o-passar-dos-anos>. Acesso em: 20 nov. 2020.

MACEDO, Dimas. **O discurso constituinte**: uma abordagem crítica / Dimas Macedo. 3. Ed. Ver. E corrigida. Belo horizonte. Forum, 2009.

MORAES, Alexandre. Curso de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. 34 ed. - São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Camila Vale. **Simpósio de história XXV**. 2009. Fortaleza.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal**: composições e indicações de seus ministros. São Paulo: Metodo Ltda, 2012. 173 p.

SILVA, Rodrigo Shayath da et al.. Democracia, crise de representatividade. In: **Anais da Mostra de Pesquisa em Ciência e Tecnologia**. Anais...Fortaleza(CE) Belém - Belo Horizonte - Campinas - Caruaru - Distrito Federal - Fortaleza - Imperatriz - João Pessoa - Manaus - Recife - Rio de Janeiro - Salvador - São Luís - São Paulo - Teresina, 2019. Disponível em: <<https://www.even3.com.br/anais/mpct2018/86956-democracia-crise-de-representatividade>>. Acesso em: 17/06/2020 16:20.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**: ciência política e teoria do estado. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional**: André Ramos Tavares. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1240 p.

_____. **O STF na agenda política**. Folha de São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opinia0/fz1907200809.htm>. Acesso em: 26 nov. 2020.

TAVARES FILHO, Newton. **Composição dos tribunais superiores**: consultoria legislativa. Brasília: Camara dos Deputados, 2016.

_____. **Democratização do processo de nomeação dos ministros do supremo tribunal federal**: consultoria legislativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006.

TURNER, Claudia e Prado, Mariana. **A democracia e seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF** - Revista de direito Administrativo.

**O meio ambiente do trabalho sadio
como direito fundamental:
intersecções na ordem constitucional brasileira**

*Anne Harlle L. da Silva Moraes*¹

*Tiago Alencar Cruz*²

*João E. R. Borges da Silva*³

1. Introdução

O presente artigo busca, dialogicamente, tratar da saúde do trabalhador em intersecção com o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Considerando a realidade pós-revolução industrial, a partir da perspectiva do trabalho, o mundo se alterou profundamente. Das máquinas a vapor até a operação de computadores sofisticados e do chão da fábrica até os escritórios mais altos, houve uma reorganização espacial, funcional e, sobretudo, uma reestruturação do pensamento jurídico quanto ao mundo do trabalho.

A Constituição da República Federativa do Brasil preceitua, em seu art. 225, *caput*, a expressa previsão do direito de todos a ter um meio ambiente equilibrado e, em seu art. 200, VIII, corrobora tal proteção por meio

¹ Doutoranda em Direito pela Faculdade Autónoma de Direito de São Paulo (FADISP/ALFA, 2018). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Faculdade Alves Faria (ALFA/GO, 2016). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera (UNIDERP, 2010). Graduada em Direito pela Faculdade de Imperatriz (FACIMP, 2007).

² Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

³ Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

do Sistema Único de Saúde (SUS), ampliando-a até o âmbito laboral, círculo em que se desenvolve boa parte da vida das pessoas.

O art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81 define meio ambiente como um conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Tal definição abrange todos os trabalhadores, considerando que dependem de seu ambiente de trabalho para exercer suas atividades, ou seja, urge que haja um ambiente de trabalho adequado e seguro a fim de que a própria dignidade da pessoa humana seja respeitada.

Para Fernandes, referente ao meio ambiente do trabalho,

[...] o art. III da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), ao enunciar que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, implicitamente, quando diz “à vida” incluiu o meio ambiente equilibrado, pois esta é uma das condições essenciais à existência da vida em toda a sua plenitude e formas.⁴

Alguns doutrinadores trazem ainda um conceito mais amplo de meio ambiente do trabalho: o ambiente não se restringe ao espaço interno da fábrica ou da empresa em que se efetivamente exerce a função, mas alcança o próprio local de morada e o ambiente urbano em que o trabalhador está inserido.

É exatamente esta a visão de Rocha, em sua obra *Direito ambiental do trabalho*:

[...] representa todos os elementos, inter-relações e condições que influenciam o trabalhador em sua saúde física e mental, comportamento e valores reunidos no *locus* do trabalho, sendo o ponto de partida para que se assegure a saúde do trabalho, esta correspondendo ao resultado da interação dos diversos elementos do ambiente (bens, maquinários, instalações e pessoas), provocando ou não o bem-estar no trabalho.⁵

⁴ FERNANDES, Fábio. **Meio ambiente geral e meio ambiente do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 40.

⁵ ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito ambiental do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 127.

Observando os dispositivos legais referenciados e as definições doutrinárias, não há como negar que o meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado é um dos direitos fundamentais do ser humano e tem estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Não se trata apenas de um direito trabalhista individual, mas um direito de todos como integrantes de uma sociedade que se baseia nos valores sociais do trabalho, conforme o art. 1º, IV, da Carta Constitucional.

1. Meio ambiente do trabalho

1.1 Conceituação legal e doutrinária

Existe certa discussão quanto à redundância da expressão “meio ambiente”, visto que o meio seria exatamente o que envolve, o que está propriamente englobado no ambiente, no entanto essa é a expressão doutrinariamente consagrada e legalmente adotada.

Diversas são as doutrinas que visam definir de forma ampla e clara o conceito de meio ambiente do trabalho. No entanto, antes de apresentar uma definição específica do tema proposto, necessária a definição do que seria o meio ambiente para daí transpor seu significado, entendendo sua amplitude até chegar ao âmbito trabalhista.

A conceituação de meio ambiente é vasta, como dito, na medida em que é associada a uma qualidade de vida saudável. É tido por muitos doutrinadores, dentre eles Fiorillo⁶ e Rodrigues,⁷ como conceito jurídico não determinado que visa criar um espaço positivo de incidência da norma. Assim, não há uma definição precisa para meio ambiente, e as definições existentes se ajustam às circunstâncias, criando espaço para qualquer definição.

A expressão “meio ambiente” proporciona uma visão global das interações dos seres vivos com o meio. No entanto, o direito ambiental é um

⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ramo próprio que tem seu corpo de regras e objetiva adentrar os temas jurídicos para fazer uma devida orientação.

O consagrado constitucionalista, José Afonso da Silva, posiciona-se pela utilização da expressão “meio ambiente” em vez da palavra “ambiente”, afirmando que, enquanto a segunda expressa um conjunto de elementos, a primeira exprime o resultado da interação desses elementos. Assim expõe seu entendimento:

[...] o conceito de meio ambiente há de ser, pois globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.⁸

Silva conclui, na mesma obra, que o meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.

Quanto à definição legal de meio ambiente, encontra-se positivada no inciso I do art. 3º da Lei nº 6.938/81, em que se define como um conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Sady, na obra *Repensando o direito ambiental do trabalho*, propõe a adaptação da definição legal de meio ambiente contida na lei acima citada, vinculando-a ao mundo do trabalho, e faz a seguinte consideração: “[...] meio ambiente do trabalho é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida das pessoas nas relações de trabalho.”⁹

O ilustre jurista Raimundo Simão de Melo,¹⁰ utilizando o conceito legal capitulado na Constituição Federal e na Lei nº 6.938/81, observa que o legislador trouxe um conceito jurídico aberto, objetivando criar espaço ideal de incidência da norma legal, o qual se encontra em plena harmonia

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

⁹ SADY, João José. *Direito do meio ambiente do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 22.

¹⁰ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador – responsabilidades*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

com a norma tutelada pela Carta Magna em seu art. 225, a abranger todos os aspectos do meio ambiente, seja natural, artificial, cultural ou do trabalho.

Por sua vez, a jurista Norma Sueli Padilha, ao escrever sobre o meio ambiente em sentido interseccional com a atividade trabalhista, aduz que:

É importante frisar a necessária assimilação no contexto jurídico trabalhista dos problemas ambientais suscitados pela atual sociedade de risco global, que não se limitam às agressões e degradação sistemática do meio ambiente natural, mas atinge o ser humano em todos os seus ambientes artificialmente construídos, desde o espaço urbano das cidades até o espaço laboral das atividades produtivas.¹¹

Agora, objetivando dar clareza ao presente estudo, necessário definir, além de meio ambiente, meio ambiente do trabalho. Seria uma espécie do gênero de meio ambiente?

No entendimento de Fiorillo, meio ambiente do trabalho é:

[...] o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência dos agentes de comprometem a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.).¹²

Silva, ainda sobre o tema, merece referência:

[...] o meio ambiente do trabalho, como o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente. É um meio ambiente que se insere no artificial, mas digno de tratamento especial, tanto que a Constituição o menciona explicitamente no art. 200, VIII, ao estabelecer quem uma das atribuições do Sistema Único de Saúde consiste em colaborar na proteção do ambiente, nele compreendido o trabalho. O ambiente do trabalho é protegido por uma

¹¹ PADILHA, Sueli Norma. Meio ambiente do trabalho: um direito fundamental do trabalhador e a superação da monetização do risco. **Rev. TST**, Brasília, v. 79, n. 4, p. 174, out/dez 2013.

¹² FIORILLO, op. cit., p. 22.

série de normas constitucionais e legais destinadas a garantir-lhe condições de salubridade e de segurança.¹³

Em síntese, entende-se por meio ambiente do trabalho o local ou estabelecimento em que o trabalhador exerce as funções inerentes a sua atividade. O fato de ser um ambiente via de regra artificialmente construído não deixa de merecer a proteção inerente ao meio ambiente em seu conceito amplo por integrar de forma basilar o ambiente onde pessoas passam boa parte de seu tempo. Portanto, deve ser um meio ambiente equilibrado e sustentável, seguro e salubre, na medida em que a atividade exige, respeitando a Constituição Federal, a Consolidação das Leis Trabalhista e demais normas regulamentadoras.

1.2 O direito à vida, à saúde e ao trabalho

Um dos fundamentais direitos do ser humano é o direito à vida, consagrado em todas as declarações internacionais, ponto de partida para os demais direitos inseridos e assegurados na Constituição Federal e pedra de toque interpretativa e integrativa do direito.

O art. 225 da Constituição Federal determina que: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Em respeito à norma acima exposta, é necessário que o trabalhador tenha vida com qualidade, trabalho decente, condições seguras e saudáveis para exercer suas atividades laborativas.

A garantia constitucional do ambiente ecologicamente equilibrado visa proteger a vida, abrangendo o direito fundamental insculpido nos arts. 1º, III, e 5º da Constituição Federal, cumulado, ainda, como os direitos sociais fundamentais presentes, quais sejam, saúde e trabalho do art. 6º.

¹³ SILVA, op. cit., p. 23.

O nobre jurista Fábio Fernandes, em obra já citada no presente trabalho, ressalta:

Cumpra aqui dizer que, para que se torne efetivo o direito fundamental à vida assegurado no art. 5º, *caput*, do Texto Constitucional, faz-se mister que se assegure e viabilize o exercício, como a mesma densidade normativa, de outros dois direitos tidos como pressupostos para sua existência que são a saúde e o trabalho, sob pena de inviabilizar-se o exercício daquele, dito fundamental, porquanto suporte, por óbvio, de todos os demais.¹⁴

O empregador tem o dever de proporcionar condições de trabalho ao empregado, e o Estado, o dever de fiscalizar se essas condições estão respeitando as normas positivas e a própria dignidade da pessoa humana. O trabalhador não pode ser visto apenas como mão de obra, instrumento do trabalho, mas como colaborador direto para o desenvolvimento da sociedade.

A preocupação atual do Estado com o cumprimento das legislações que protegem o trabalhador, que asseguram direitos mínimos, é notória. Tal fato pode ser facilmente verificado em revistas e jornais de circulação nacional. São correntes interdições e autuações de empresas que não se preocupam com o bem-estar do trabalhador e que, por conseguinte, fazem jus às punições determinadas em lei, diretamente ligadas ao meio ambiente do trabalho e sua manutenção.

Ainda ao nível constitucional, o gozo à saúde é também um dos interesses fundamentais de todo ser humano, responsabilidade do Estado, mas também do empregador, no que diz respeito ao ambiente laboral.

A proteção à saúde do trabalhador é objeto de vários dispositivos constitucionais que abordam o tema direta ou indiretamente. Mas, de fato, o que é ter saúde?

O conceito da Organização Mundial de Saúde (OMS), contido na Constituição da República, apresenta como saúde “o estado de completo

¹⁴ FERNANDES, op. cit., p. 34.

bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”.¹⁵

A Lei nº 8.080/90, Lei Orgânica da Saúde, em seu art. 3º, dispõe:

A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

O art. 6º da Constituição Federal, cumulado com o art. 3º da Lei Orgânica da Saúde, retrata a importância de relacionar a questão da saúde com a questão ambiental.

O art. 196 da Carta Magna confirma que o direito ambiental do trabalho não é apenas um direito trabalhista e ressalta que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido por políticas públicas, visando reduzir riscos de doenças ou agravos. Ainda complementando tal dispositivo, o art. 200, II e VII, da Constituição responsabiliza o SUS por executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde dos trabalhadores, e colaborar com a proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Necessário enfatizar que a responsabilidade também se direciona ao empregador, que deve conceder ao trabalhador condições saudáveis para o exercício das atividades laborativas.

Percebe-se que o direito à saúde, como principal norma orientadora do sistema de proteção ao trabalhador, destaca a constitucionalização do dever de colaboração para proteção do meio ambiente como uma das atribuições do SUS, incluindo o meio ambiente do trabalho. Em seu art. 200, VIII, a Constituição Federal determina que: “Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da Lei: [...] VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele incluindo trabalho”.

¹⁵ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 623.

A proteção aqui destacada tem como destino a sociedade, visto que a natureza é o meio ambiente de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, como bem define o art. 225 da Constituição Federal: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

A referência do dispositivo constitucional acima citado estabelece que a segurança e a saúde do trabalhador estão garantidas constitucionalmente, observando-se o caráter múltiplo do conceito de meio ambiente, nele inserido o próprio conceito de trabalho, o que pressupõe a garantia de um local seguro, salubre e que assegure a qualidade de vida.

Estando o meio ambiente do trabalho incluído no conceito de meio ambiente, tanto o poder público quanto a coletividade, incluído diretamente o empregador, têm a atribuição de lutar pela sua preservação, adotando medidas efetivas que objetivem garantir a qualidade de vida do trabalhador.

A proteção à saúde do trabalhador está inserida na Constituição Federal de 1988 como cláusula pétrea, elevada à categoria de direito fundamental:

É um direito-dever de cunho social, visto como um dos mais importantes e avançados da atual Constituição, voltado para pessoas determinadas e indeterminadas, e atribui às normas constitucionais “a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que a de orientar as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente.¹⁶ [...] não se limita a defender o direito à vida em si, mas à vida humana com qualidade, o que jamais pode ser alcançado sem que se tenha qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentado, ignorando o meio ambiente do trabalho.¹⁷

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 708.

¹⁷ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 129.

É um direito formado de interesses coletivos e individuais, de modo que o coletivo seja representado pela preservação do próprio meio ambiente e o individual, pela proteção da vida e da qualidade de vida do homem.

1.3 A proteção legal do meio ambiente

Não é tarefa fácil proteger a saúde do empregado em seu meio ambiente, proporcionando qualidade de vida, visto que atividades diferentes exigem um nível diverso de complexidade de atividades, de riscos químicos, biológicos e físicos.

A industrialização, surgida na Inglaterra do século XVIII, trouxe mudanças consideráveis para o ambiente de trabalho. A partir desse período, houve uma cisão entre o que era considerado o local para morar e o local para trabalhar. As condições de trabalho e vida nessa fase ainda era consideravelmente precária e só apresentaram melhoria por meio de movimentos sociais, como protestos e greves, objetivando alcançar condições de vida e trabalho digno para todos.

Seguindo esse entendimento, Julio César de Sá Rocha, na obra *Direito Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho – dano, prevenção e proteção jurídica*, argumenta:

[...] desenvolveram-se legislações provindas do poder público, consagradas pelas leis e regulamentos; por outro lado, surgiu o direito advindo das negociações entre empregados e empregadores. Como resultado, abriu-se um campo alternativo para a determinação de condições de trabalho e proteção a saúde dos trabalhadores reconhecendo-se os seus direitos sociais, também é muito recente a preocupação do legislador com as questões referentes ao meio ambiente.

[...] os ambientes de trabalho têm atravessado profundas modificações, repercutindo na forma e tipo de proteção legal estabelecidos pelo poder público. Após a constitucionalização dos direitos sociais, observa-se progressivamente, surgimento de normas de saúde ocupacional e segurança industrial, em

resposta as mudanças nos processos produtivos e aprimoramento das relações de trabalho.¹⁸

Pode-se perceber pelas citações acima elencadas que há diferentes ambientes de trabalho e, conseqüentemente, riscos variados. Assim, há a necessidade de uma diversidade de normas que visem proteger o trabalhador e que serão adicionadas às normas protetivas já existentes, considerando sempre aspectos psicológicos e físicos sobre as condições de trabalho e a busca primordial da prevenção de possíveis danos e da garantia de bem-estar no trabalho com qualidade.

A Consolidação das Leis do Trabalho, vigente no Brasil desde 1943, trouxe normas que visam proteger o trabalhador, em especial no tópico referente a salubridade e segurança, mais precisamente no seu art. 154, em que preceitua:

Art. 154. A observância, em todos os locais de trabalho, do disposto neste Capítulo, não desobriga as empresas do cumprimento de outras disposições que, com relação à matéria, sejam incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos, bem como daquelas oriundas de convenções coletivas de trabalho.

No final da década de 1970, mais precisamente em 1977, com a Lei nº 6.514, a legislação foi modernizada, alterando boa parte de seus dispositivos, o que conferiu maior liberdade ao Ministério do Trabalho. Conforme dispõe o art. 200 do referido diploma, é de responsabilidade do Ministério do Trabalho estabelecer normas, observando cada atividade ou setor. Surgiram, assim, as normas regulamentadoras.

A Consolidação das Leis do Trabalho traz posicionamentos deveras criticados pela doutrina. Um desses posicionamentos diz respeito à previsão de pagamento do adicional aos salários pela prestação de serviço em condições insalubres, insculpido no art. 192, tirando do empregador, de certa forma, a responsabilidade na aplicabilidade de medidas gerais de

¹⁸ ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito ambiental e meio ambiente do trabalho**. Dano, prevenção e proteção jurídica. São Paulo: LTr, 1997. p. 19.

saneamento ambiental. Um contrassenso. Quer dizer que, com o adicional pago, não há necessidade de o empregador se preocupar com a prevenção de riscos no ambiente laboral?

Importante ressaltar que os artigos acima mencionados são entendidos como medidas preventivas, no entanto não é muito difícil concluir que são insuficientes, constituindo, assim, apenas algumas disposições que protegem a saúde e o ambiente laboral dos trabalhadores, mas que, certamente, exigem revisões e melhorias.

Com a Constituição Federal de 1988, o meio ambiente do trabalho seguro e adequado tornou-se um direito fundamental do trabalhador, conforme estabelecem os arts. 1º, 7º, XXII, 196, 200, II e VIII, e 225 da Carta Magna.

Com isso, verifica-se que o direito ambiental do trabalho não busca tutelar algo ainda não açambarcado por normas jurídicas existentes, visto que se trata de um direito fundamental insculpido na Constituição Federal, a qual garante, de forma impositiva, um meio ambiente do trabalho seguro. Dessa forma, tendo por base a tutela constitucional, busca-se a proteção do trabalhador, considerando o ambiente laboral e todos os elementos que, em algum momento, ameacem comprometer sua saúde e segurança.

2. Meio ambiente do trabalho sadio como direito fundamental

Como já enfatizado, há estreita ligação entre o meio ambiente do trabalho sadio e o direito à vida humana digna. É considerável até elevar o direito ao meio ambiente saudável a direito humano, afinal a vida de boa parcela das pessoas se desenvolve no ambiente de trabalho e a ele está intimamente ligada.

O art. III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, publicada em 1948, traz em seu bojo que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Pode-se inserir nesse contexto o meio ambiente

equilibrado, uma vez que é uma das condições essenciais à existência da vida como um todo.

O direito ao meio ambiente adequado como direito humano abrange indiscutivelmente o ambiente do trabalho, conforme afirma Soares: “[...] o direito ao meio ambiente do trabalho saudável e seguro, como segmento daquele, é também um direito humano cujo objeto consiste na proteção à saúde e à vida no ‘habitat’ laboral”.¹⁹

Para Melo, o direito ambiental do trabalho:

[...] constitui direito difuso fundamental inerente às normas sanitárias e de saúde do trabalhador (CF, art.196), que, por isso, merece a proteção dos Poderes Públicos e da sociedade organizada, conforme estabelece o art. 225 da Constituição Federal. É difusa a sua natureza, ainda, porque as consequências decorrentes da sua degradação, como, por exemplo, os acidentes de trabalho, embora com repercussão imediata no campo individual, atingem, finalmente, toda a sociedade, que paga a conta final.²⁰

No nível de direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, especificamente, o meio ambiente do trabalho encontra-se insculpido na Constituição Federal, no art. 225, *caput*, e mais restritamente nos arts. 7º, XXII, e 200, VIII:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

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

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

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

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

¹⁹ SOARES, Evanna. **Ação ambiental trabalhista**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 74.

²⁰ MELO, op. cit., p. 32.

Quanto à atividade laborativa, o Anexo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho traz como princípio que “o trabalho não é uma mercadoria”, estendendo, portanto, a visão do trabalho não mais como simples moeda de troca, mas como instrumento de afirmação do trabalhador.

A proteção à saúde do trabalhador se constitui, portanto, como direito social fundamental que também se reveste de caráter impositivo ao Estado quando o obriga a ter especial atenção à saúde daqueles que exercem atividade laborativa. Como se verifica pelos dispositivos legais acima expostos, não existe possibilidade de se negar que o meio ambiente saudável e equilibrado é um dos direitos fundamentais da pessoa humana, dada a sua correlação com a dignidade da pessoa humana, além de seu caráter interseccional de agregar em si diversos direitos fundamentais.

3. Direito ambiental e direito do trabalho

Feitas essas exposições, é importante ressaltar a correlação existente entre dois ramos do direito – o ambiente e o trabalhista – de maneira que, por meio de uma junção, chega-se ao tema aqui discutido, objeto do presente estudo.

A proteção ao meio ambiente é regida por disciplina autônoma denominada Direito Ambiental. Configura direito de terceira dimensão pertencente ao novo ramo do direito, chamado difuso, surgido em zona fronteira entre os clássicos ramos maiores do direito, que são aqueles do direito público e do direito privado. Tem princípios protetores específicos e abrangência que comporta não somente a modalidade denominada “meio ambiente natural”, mas também outras espécies de meio ambiente inseridas e especialmente protegidas pela Constituição Federal de 1988.

Norma Sueli Padilha expressa-se da seguinte forma:

[...] o meio ambiente do trabalho embora se encontre numa seara comum ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental, distintos serão os bens

juridicamente tutelados por ambos, uma vez que, enquanto o primeiro se ocupa preponderantemente das relações jurídicas havidas entre empregado e empregador, nos limites de uma relação contratual privatística, o Direito Ambiental por sua vez irá buscar a proteção do ser humano trabalhador, contra qualquer forma de degradação do ambiente onde exerce sua atividade laborativa.²¹

Verifica-se uma definição restrita do direito do trabalho que vem caindo em desuso após a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, visto que o amparo legal se estende não apenas ao empregado, mas ao trabalhador de forma ampla, deixando de ser observada apenas a relação de emprego em favor de uma visão da relação de trabalho.

4. Considerações finais

Observa-se a premente necessidade de uma hermenêutica constitucional orgânica e sistêmica em que se interpretam e integram as normas da Carta Magna como um todo em si e apontando para ideais comuns. Dito isso, cabe observar os pontos do texto em que se defendem determinados direitos e complementá-los com pontos que dialogam entre si.

Dessa forma, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, encontrado em nossa Constituição expressamente como parte singular de defesa da vida, engloba e conglomerada em si diversos outros direitos que, singularmente e em conjunto, fazem parte de um ideal maior de sociedade livre, justa e solidária. Entra-se, neste ponto, no direito posto em análise no presente artigo.

Seguindo em perspectiva dialógica, estabelecido o meio ambiente como direito fundamental e essencial à vida, integrado nele o direito ao meio ambiente de trabalho saudável, chega-se ao ponto de analisar os desdobramentos e as implicações disso, ou seja, a reafirmação cada vez mais importante de que o trabalho e tudo que o envolve seja considerado como fator de especial cuidado.

²¹ PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002. p. 46.

Parte-se daí para o papel do Estado brasileiro, em primeira análise, como executor e regulamentador de medidas que protejam o trabalhador, desde os riscos físicos, organizacionais e de direitos transindividuais que enfrenta, até chegar ao papel de tutela jurisdicional como afirmador dos direitos do trabalhador de usufruir de condições de trabalho que lhe permitam viver plenamente, e não viver para trabalhar somente.

Conclui-se que o meio ambiente do trabalho como direito catalizador tem em sua órbita o direito constitucional, o direito do trabalho e o direito internacional, com suas particularidades, bem como a área da saúde, em vista da necessidade clara de um olhar interdisciplinar a esse direito fundamental.

Trata-se, portanto, de submeter a ótica constitucional aos ramos do conhecimento que a auxiliam a chegar teleologicamente a seu máximo plano efetivo, verdadeiramente se atomizando – utilizando uma metáfora química – ou se capilarizando – segundo uma metáfora biológica –, para que se chegue ao mais fundo de sua efetividade e ao mais alto de sua extensão.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. **Lei nº 6.514**, de 22 de dezembro de 1977. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6514.htm. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos

serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 14 abr. 2019.

FENANDES, Fábio. **Meio ambiente geral e meio ambiente do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador – responsabilidades**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.

PADILHA, Sueli Norma. Meio ambiente do trabalho: um direito fundamental do trabalhador e a superação da monetização do risco. **Rev. TST**, Brasília, v. 79, n. 4, p. 174, out/dez 2013.

ROCHA, Julio César de Sá da. **Direito ambiental e meio ambiente do trabalho**. Dano, prevenção e proteção jurídica. São Paulo: LTr, 1997.

_____. **Direito ambiental do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SADY, João José. **Direito do meio ambiente do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Evanna. **Ação ambiental trabalhista**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

A (in)constitucionalidade da prisão em segunda instância sob a ótica da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

*Leiliane Cristina Batista Ferreira*¹

*Hewldson Reis Madeira*²

1. Introdução

Atualmente, o paradigma de que pessoas influentes, de alto poder aquisitivo e autoridades públicas, não sofreriam as severidades da lei penal vem sendo alterada a cada dia, vez que essas pessoas estão sendo mais processadas pela prática de crimes, fato pouco comum num passado recente.

No entanto, na prática, são pessoas da classe alta sendo processadas e, muito embora condenadas em primeira instância, exercem o seu direito de recorrerem em liberdade, buscando em definitivo sua absolvição em

¹ Acadêmica do 10º período vespertino do Curso de Direito da Faculdade de Educação Santa Terezinha – FEST. E-mail: leilianec.bferreira@gmail.com

² Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/ALFA, 2019). Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade de Taubaté (UNITAU/SP, 2013), Pós graduado em Políticas em Educação do Ensino Superior pela Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST/MA, 2014); Especialista em Direito Penal e Processo Penal (UGF/RJ, 2010), Graduado em Direito pela Faculdade de Imperatriz (FACIMP/MA, 2008). Atualmente é professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST) e da Faculdade de Imperatriz (Wyden/FACIMP). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST). Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - “Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais”. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. Desenvolve suas atividades acadêmicas na área do Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, com ênfase na Constitucionalização do Direito de Punir do Estado. E-mail: hewldson@hotmail.com

razão dos artifícios proporcionados pela legislação vigente que busca o alcance do instituto da prescrição, por meio de manobras jurídicas, protelando o bom andamento e a duração razoável do processo.

Aos olhos da população, a não aplicação da lei penal de forma dura e severa à essas pessoas, quer seja pela prescrição ou pela falta de estrutura por parte do Estado, faz com que não se alcance um sentimento de justiça, ou que esta, mesmo que tardia, não retrate em sua essência a sua finalidade, gerando uma falta de credibilidade da justiça junto à população, fazendo surgir daí a crença popular de que apenas pobre vai para a cadeia.

Em tempos de sociedade moderna e frenética, a expectativa é de imediatividade das decisões, principalmente na prisão com pena privativa de liberdade decorrente de uma condenação penal, e a prisão de caráter processual, aquela que transita entre a temporariedade e a necessidade da medida excepcional.

O objetivo de estudo do trabalho em tela é verificar a (in) constitucionalidade do cumprimento da execução criminal provisória após segundo grau de jurisdição. A Constituição Federal de 1988, a constituição cidadã, estabeleceu em seu artigo 5.º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a formação da culpa somente ocorrerá posterior ao trânsito do julgado da sentença e não após o julgamento do recurso após segunda instância. Nesse ínterim, é preciso conhecer os efeitos práticos da presunção de inocência no cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória por esta linha de interpretação, prender uma pessoa condenada a uma pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado não significa que ela esteja sendo considerada culpada.

O tema abordado é de grande relevância contemporânea, e não possui pacificação na doutrina e nem na jurisprudência, sendo discutido com incisivos posicionamentos favoráveis e divergentes, já que afrontaria as chamadas “cláusulas pétreas” previstas no artigo 5º, LVII, da CRFB, a qual garante que ninguém seja considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

A possibilidade ou não da prisão de alguém, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, assim como o conflito e a relativização de princípios e garantias individuais, ajudam na construção da evolução jurisprudencial do tema perante a Suprema Corte brasileira, demonstrando não apenas a relevância da pesquisa, mas também a importância jurídica do objeto do presente artigo.

As pesquisas permitem analisar os aspectos implícitos ao desenvolvimento das práticas organizacionais e a abordagem descritiva é praticada quando o que se pretende buscar é o conhecimento de determinadas informações e por ser um método capaz de descrever com exatidão os fatos e fenômenos de determinada realidade (TRIVINOS, 2007).

Foi uma pesquisa descritiva “as pesquisas descritivas têm como objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou, então, o estabelecimento de relações entre variáveis [...]” (GIL, 2006, p. 42). É também de caráter exploratória, visando o aprofundamento e maior familiaridade com o problema a ser pesquisado. Quanto à abordagem, essa é necessariamente qualitativa, baseando-se em pesquisa bibliográfica, de caráter exploratório, com consulta de doutrinas, leis, e pesquisas on-line que versem sobre o tema abordado.

O primeiro capítulo do presente artigo tem como objetivo familiarizar-se com os aspectos históricos inerentes à execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório em segundo grau, bem como sua instituição pelo Pacto de San José da Costa Rica que a partir de então promove a construção de um sistema normativo de proteção influenciando inseri-las na Carta Magna com o intuito de contrabalanceá-lo com a efetividade do poder de punir do Estado, a fim de entender os argumentos contrários e a favor da execução provisória da pena.

No segundo capítulo, será demonstrada a evolução jurisprudencial sob o tema na Suprema Corte, inclusive com os casos emblemáticos com defesas contundentes e discussões acaloradas sob o tema no plenário do Supremo Tribunal Federal.

O último capítulo destina-se a análise dos julgamentos recentes com ocorrências do efeito backlash – reação política às decisões no âmbito judicial – no ordenamento jurídico brasileiro na medida em que o posicionamento é alterado, introduzindo novas proposta de emenda constitucional relativas a problemática, com forte pressão exercida pelos grupos contrários à decisão visando uma reanálise capaz de alterar novamente o posicionamento recém alterado, retornando-o ao status quo.

2. Breve contextualização histórica.

Antes de adentrarmos na questão meritória do tema é valioso lembrar as lições do italiano Cesare Beccaria (1764, p. 71), segundo o qual “um homem não deve ser chamado de réu antes da sentença do juiz e de igual modo, a sociedade não pode lhe retirar a proteção pública, ao menos que este tenha violado os pactos desta mesma sociedade.”

Em uma curta explanação da origem histórica da presunção de inocência, relembra os textos em que tal princípio esteve previsto: por primeira vez, foi positivado no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, sendo fruto da razão iluminista inspirada por pensadores como Voltaire e Rousseau, dentre outros grandes filósofos. Mais tarde, em 1948, foi reafirmado no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres e também no artigo 11 da Declaração Universal do Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas.

Porém no Brasil, o reconhecimento da presunção de inocência se deu apenas em 1988 com a promulgação de nossa atual Constituição Cidadã. Isto porque, na época em que fora promulgado o Código de Processo Penal, o país passava por conflitos internos significativos na conjuntura política em 1938, vivenciando um modelo estrutural de governo pautado no autoritarismo, influenciados pelos sistemas nazifascistas, notadamente o sistema italiano. Com isso, a ideia positivista italiana foi tida como modelo doutrinário e jurídico para a construção jurídico-criminal brasileira (MORAES, 2010, p. 204).

Desse modo, com o intuito de entranhar este novo modelo com características militarista e autoritário no Brasil, houve a outorga da Constituição de 1937, que trouxe pontos reveladores de sua matriz. Sobre o tema, leciona Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 206):

Tal Constituição, de inegável inspiração fascista, foi elaborada sob os auspícios de Francisco Campos, jurista conservador, que, após a implementação do Estado Novo, foi nomeado Ministro da Justiça. Para demonstrar a sempre perfeita sintonia que precisa haver entre um sistema político autoritário e o código de processo penal por ele usado para implementar seus desígnios, foi o então Ministro de Justiça Francisco Campos quem orientou a formação e levou a cabo o Decreto-lei 3.689, promulgado em 3 de outubro de 1941, atual Código de Processo Penal brasileiro.

Destarte, é correto afirmar que o Código de Processo Penal Brasileiro elaborado em 1940 e promulgado no ano seguinte e vigente até os dias atuais, é, notadamente, de origem autoritária e militarista, pois nele não observa o princípio da presunção de inocência, ao menos em seu texto original.

Contudo, o referido princípio objeto central do presente artigo, veio surgir em dispositivos nacionais, como já mencionado, apenas em 1988 com a promulgação da atual Constituição. Por consequência, o texto original do Código de Processo Penal ficou-se incompatível materialmente com o texto da Magna Carta e desta maneira, passou por inúmeras reformas até ser o que é hoje (MORAES, 2010, p. 210).

Sendo assim, somente com a promulgação da CRFB/88 foi fechada a lacuna deixada pela legislação infraconstitucional no tocante à aplicação e reconhecimento do referido princípio da Presunção de Inocência como direito fundamental consagrado.

2.1 Convenção Americana de Direitos Humanos.

No Brasil, a presunção de inocência do acusado no processo penal encontra-se no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, e

enuncia que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O princípio de presunção de inocência e sua aplicação no Brasil, vem sofrendo alterações com decisões recentes do Superior Tribunal Federal, bem como sua evolução jurisprudencial do seu entendimento em relação ao tema.

A garantia à inocência até o trânsito em julgado encontra-se prevista também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de San José da Costa Rica (1969), ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, por meio do Decreto nº 678/92, com a seguinte redação:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Assim, podemos concluir que o princípio de presunção de inocência se firmou como uma garantia ao cidadão contra arbitrariedades e abusos praticados, gerando como reflexo de forma positivada em importantes declarações que versam a respeito de direitos humanos no Ocidente no transcorrer do último século.

Conforme MORAES (2008) bem explica em sua tese, a presunção de inocência pode ser entendida como garantia política, como regra de julgamento em caso de dúvida e como regra de tratamento do indiciado no transcorrer do processo judicial, abolindo-se aí o chamado tribunal de exceção.

Enquanto garantia política, a presunção de inocência é regra que deve ser observada por todos os cidadãos, na medida que é assegurada a todo e qualquer indivíduo, sem qualquer espécie de restrições com o propósito de resguardar a liberdade a sua liberdade, bem como a dignidade da pessoa humana contra os excessos punitivos do Estado, visando dessa maneira um julgamento justo e imparcial.

Neste aspecto, MORAES (2008, p. 456) explica que:

(...) a concepção de presunção de inocência, sob a perspectiva constitucional de um âmbito de proteção amplo, compreende um significado de “norma de tratamento”, relacionado mais diretamente com a figura do imputado, e outros dois significados como “norma de juízo” e como “norma probatória”, estes últimos mais ligados a matéria probatória.

Este entendimento foi referendado em esfera mundial, inclusive em diversos tratados internacionais a respeito de direitos humanos. O afastamento da presunção de inocência não é um valor que coaduna com nenhum regime democrático, posto que impõe aos cidadãos restrições claramente não autorizadas pela legislação vigente no país.

2.2 O Princípio da Presunção de Inocência no Brasil e o artigo 283 do Código de Processo Penal Brasileiro.

A partir do Pacto de San José da Costa Rica cria-se um sistema normativo de proteção aos direitos humanos em nível global sobre o qual, se integram os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e as Convenções Interamericanas que buscam contrapor de forma satisfatória determinadas violações de direitos humanos como a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dentre outras formas de violação (PIOVESAN, 2010 p.13).

Desse modo, não pode ser arbitrariamente negado a um cidadão seu direito resguardado na Constituição Federal de ser considerado culpado apenas e tão-somente com o trânsito em julgado de sentença condenatória. Ao enfatizar a divergência doutrinária baseada no frasear do texto constitucional, entre a presunção de inocência e a não-culpabilidade a abrangência e aplicabilidade dos dois corolários dependendo da disposição literal do texto escrito na Carta Magna, deve ser entendida como uma só, no intuito essencial de resguardar o estado de inocência do cidadão.

A presunção de inocência atualmente é compreendida como o princípio chave do processo penal, e, mais do que isso, como princípio chave

de todo o sistema penal (FENOLI, v. 1, 2016). Contudo, até alcançar a conformação atual, o princípio da presunção de inocência passou por um longo processo histórico de construção, amadurecimento e concretização de posicionamento, ao custo, infelizmente, de milhares de vidas injustamente apenadas.

Importante ressaltar ainda que o legislador brasileiro não teve a intenção de fragilizar a garantia em comento, ao contrário, ampliou o espectro de incidência da garantia de inocência até que ocorra o trânsito em julgado da ação penal. Entretanto, igualmente importante asseverar que o constituinte brasileiro originário, nem tampouco o legislador ordinário, definiu exatamente o significado para a expressão “trânsito em julgado”, deixando a interpretação do termo por conta dos juristas e doutrinadores, que acabam recorrendo a outros ordenamentos jurídicos para explicar o significado de tal instituto processual (SOARES, 2010, p. 85).

Entende-se, por todo o exposto, que tão significante princípio como a presunção de inocência não pode se prestar a ser um instrumento deturpado de manutenção e propagação da impunidade que tantos males tem causado à sociedade brasileira e às vítimas de infratores.

Com a alteração do CPP pela lei n.º 12.403 de 2011, o dispositivo ficou com a seguinte disposição:

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

Com vários posicionamentos divergentes, em 2016, o STF decidiu interpretar o art. 283 conforme a Constituição, o que de certa maneira é a interpretação mais correta, tendo em vista que trata-se de caso notório de mutação constitucional.

O Min. Luiz Fux, vê como interpretação sistemática, pugnano pela não necessidade de ativismo judicial e enxerga a persecução criminal como ela deve ser, um instrumento fundamental à ordem e pacificação social

que, tornando-se inoperante e ineficiente, fazendo com que a interpretação distorcida do dispositivo leva à falência do ordenamento jurídico e afasta o mesmo de atingir às suas finalidades para com a nação brasileira.

3. A Evolução do entendimento jurisprudencial do STF sob a execução provisória da pena privativa de liberdade

O princípio de presunção de inocência – previsto no artigo 5º do inciso LVII da Constituição – afirma que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Esse princípio versa sobre qual seria o momento da privação da liberdade de alguém que está em julgamento no sistema judiciário, entretanto, este dispositivo já foi apresentado com entendimentos diferentes pelo Supremo Tribunal Federal algumas vezes, adequando-se a contemporaneidade.

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou que o réu só podia ser preso após o trânsito em julgado, ou seja, depois do recurso a todas as instâncias. Antes do esgotamento de recursos, ele poderia no máximo ter prisão preventiva decretada contra si.

Já em fevereiro de 2016, o posicionamento foi alterado e em função disso o Supremo decidiu que um réu condenado em segunda instância já pode começar a cumprir sua pena – ou seja, pode parar na cadeia mesmo enquanto recorre aos tribunais superiores. Naquele momento, a regra foi aplicada ao caso de um réu específico. No mesmo ano, o STF reafirmou a decisão, que passou a ter validade para todos os casos no Brasil.

Em 2019, a constitucionalidade da condenação em segunda instância voltou ao Supremo Tribunal Federal para novo julgamento. Apesar de a questão ser, em grande medida, um dos pilares da Operação Lava Jato – hoje, a operação tem cerca de 100 condenados em segunda instância – o ministro Dias Toffoli afirmou que “o julgamento não se refere a nenhuma situação particular”.

Assim, de outubro a novembro de 2019, o Supremo analisou três Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 43,44 e 54) – ou seja,

ações que colocam à prova a própria lei – capazes de discutir o alcance da norma constitucional de presunção de inocência – considerado uma Cláusula Pétrea – é o principal argumento contra a condenação em segunda instância.

Atualmente, o entendimento majoritário pacificado pela Corte Suprema é no sentido de que sempre deve preponderar o interesse do acusado. Porém, existem casos, em que de fato, está evidenciada a prática do crime, bem como a autoria, e, considerando ainda a gravidade do mesmo e o clamor social, gerando na população o descrédito das instituições, uma vez que deve prevalecer o interesse da coletividade, sobretudo, da segurança jurídica e da credibilidade das instituições referentes à persecução penal em detrimento da liberdade dos autores da infração penal.

3.1 Os casos emblemáticos do STF – HC84.078-MG E HC 126.292-SP.

Após um breve estudo sobre o princípio da presunção de inocência, discorrendo mesmo de maneira sucinta acerca de sua aplicabilidade no sistema processual brasileiro, passemos a analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP, que ocorreu no dia 17 de fevereiro de 2016, na qual a Corte Constitucional, por sete votos a quatro, passou a admitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A partir daí, houveram várias opiniões favoráveis e contrárias de diversos setores da sociedade brasileira, sendo que nesse contexto, a classe jurídica foi a que mais repercutiu sobre o tema. Com o tom da discussão bastante elevado em todo país, devido ao momento de instabilidade política e econômica vivenciada no país, e pelas prisões decorrentes da operação “lava jato” de pessoas que integravam o alto escalão do governo ou de pessoas ligadas às empresas que mantinham negócios com alguns setores do Poder Público, por meio de procedimentos ilícitos, o tema ficou bastante evidenciado com debates acalorados em diversos segmentos da sociedade, colocando o STF em destaque nos principais meios de comunicação do país devido a relevância da matéria.

A controvérsia desta decisão encontra-se justamente na interpretação do artigo. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, que foi analisado anteriormente, no qual está insculpido, mesmo que de forma implícita, o princípio da não culpabilidade, ou para outras interpretações ou nomenclatura, o princípio da presunção de inocência.

Após a promulgação da Constituição de 1988, muitos doutrinadores e juristas entenderam que a redação do inciso LVII do artigo. 5º poria fim à prisão processual antes da sentença condenatória, ou seja, o acusado ao recorrer de uma decisão, poderia aguardar o resultado em liberdade, em virtude da redação do referido inciso. Esta interpretação feita por parte de alguns doutrinadores trouxe à baila calorosos debates e muitas divergências acerca do tema até o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula nº 9 para pôr fim a qualquer tipo de dúvida relacionada ao tema, ao dizer que “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Assim, o entendimento por parte do Supremo Tribunal de Justiça de que seria plenamente possível o cumprimento da pena antes mesmo da sentença condenatória transitar em julgado foi mantido até o ano de 2009, contudo, com o advento do HC 84.078/MG desse mesmo ano, sob a relatoria do Ministro Eros Roberto Grau traria uma nova concepção de pensamento, na qual, a Corte Superior decidiu de forma contrária ao votar favorável a um condenado poder recorrer em liberdade aos tribunais superiores.

A Corte do Supremo em sua maioria baseou-se no fato em que, caso o condenado tenha que cumprir a pena após o recurso de apelação e havendo possibilidades recursais não pode o réu ser coagido pela simples razão de iniciar o cumprimento da pena. Isso seria, na opinião do relator, uma nítida tentativa de restringir-lhe a esfera recursal prevista em lei e, por consequente, retirar-lhe a ampla defesa.

Na ocasião, o Ministro Eros Grau ao justificar seu voto, observou que

a ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a

execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2009)

Após reinterpretação do tema e a nova fixação da tese pelo Supremo Tribunal Federal, por meio julgamento do HC 84.078/MG, alguns entenderam que o tema estava devidamente superado e pacificado juridicamente. Todavia, no início de fevereiro de 2016, a matéria ganhou novo impulso, sendo novamente discutida nas dependências do Plenário da Corte Superior, com o julgamento do HC 126.292/SP, que posteriormente alterava a orientação jurisprudencial.

Vale ressaltar que liminarmente, a impetrante questionava a decisão do E. TJ/SP, que na ocasião negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra ele, sob a alegação de que o Tribunal de Justiça de São Paulo decretou a prisão sem motivos aparentes e que o ato constitui um notório constrangimento ilegal, uma vez que o magistrado de primeiro grau permitiu que o réu recorresse em liberdade até o trânsito em julgado de decisão condenatória.

Ao final da votação, o Plenário do Superior Tribunal Federal decidiu por maioria a favor da possibilidade de execução provisória da pena. Foram favoráveis, a começar pelo voto do Relator do processo, Ministro Teori Zavascki, seguidos pelos Ministros Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux, Edson Fachin, Dias Tóffoli e Carmen Lúcia. Em contrapartida, divergiram sobre o tema e foram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio e a Ministra Rosa Weber.

Ao finalizar seu voto, Zavascki ressaltou a importância e o dever do Judiciário em garantir uma justiça criminal amplamente efetiva, visando garantir um processo pautado e desenvolvido na sua inafastável função institucional.

4. As ADC'S 43, 44 E 54 do STF e a nova fixação de entendimento da Corte Suprema

O Princípio da Presunção de Inocência, ou princípio da presunção de não culpabilidade, tem sido interpretado, diga-se de passagem, de forma equivocada, uma vez que analisado sem qualquer relativização, mesmo quando há evidências e provas inequívocas de que os autores do crime têm responsabilidade penal pelo fato praticado e que, portanto, merece uma resposta estatal.

A defesa de tal ótica não pode ser encarada como um retorno ao chamado princípio de presunção de culpabilidade, que imperava antes da promulgação da Carta Magna de 1988, mas deve ser entendida como uma tentativa de equilíbrio e ponderação dos interesses em conflito, afinal, nosso sistema processual penal é pautado pela dicotomia entre prisão e liberdade.

Conforme nos ensina Marcelo Cunha de Araújo (2009, p 14):

“Na prática processual penal, sabem os que lá operam, além dos cidadãos leigos bem informados, que a garantia de que ninguém é culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória acaba por servir como um escudo protetor muitas vezes intransponível. Tal se dá pela interpretação recorrente e equivocada de que os princípios constitucionais fundamentais são aplicados na metodologia “tudo ou nada” e de que eventuais concessões e mitigações à amplitude da garantia significariam, de per se, um retrocesso inominável a um regime ditatorial e autocrático, muitas vezes até propalado retoricamente como fascista”

O Princípio da Presunção de Inocência deve ser a regra e efetivamente preponderar, mas merece ser mitigado quando há evidências inequívocas de autoria ou participação em crimes de extrema gravidade. Como por exemplo, é o caso dos crimes contra a vida, onde o bem jurídico violado é a vida e o simples ato em si já abala a ordem pública. No entanto, não é de hoje que o STF se debruça sobre a temática, inclusive sobre em que

momento oportuno o condenado à prisão deve iniciar o cumprimento de sua pena.

As ADCs 43, 44 e 54 foram ajuizadas pelo PEN - Partido Ecológico Nacional (atual Patriota), o Conselho Federal da OAB e o PCdoB - Partido Comunista do Brasil, respectivamente, com o objetivo de examinar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, que prevê, entre as condições para a prisão, o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em 7 de novembro de 2019, o plenário do STF finalizou o polêmico julgamento da possibilidade de prisão após condenação em 2ª instância. Por 6 a 5, os ministros decidiram que não é possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em 2ª instância.

No dia 23 de outubro de 2019, o ministro Marco Aurélio votou contra a prisão em 2ª instância, com o seguinte fundamento "É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão". O ministro manteve seu conhecido posicionamento contrário à possibilidade de execução antecipada da pena. Para ele, a CF é clara quanto ao princípio da presunção de inocência e não dá margem para controvérsias semânticas. Seguiram este entendimento a ministra Rosa Weber e os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski.

Na mesma sessão, o ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência votando a favor da prisão a partir de condenação em 2ª instância. Para ele, a possibilidade do cumprimento da pena após a condenação em 2º grau não desrespeita o princípio da presunção de inocência. Seguiram este entendimento os ministros Luiz Fux, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e a ministra Cármen Lúcia.

4.1 Das cláusulas pétreas e da PEC 5/19

A PEC 5/19, de autoria do senador Oriovisto Guimarães (Podemos-PR), pretende inserir o inciso XVI ao artigo 93, da CF, passando o dispositivo a ter a seguinte redação: "decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos".

A priori, pode evidenciar que para não ferir as denominadas cláusulas pétreas, o Senador Oriovisto utilizou-se de uma estratégia para inserir a prisão em segunda instância no artigo 93, da CF, que tem por objeto estabelecer os princípios básicos do Estatuto da Magistratura.

Tratando-se de cláusula pétrea, o princípio da presunção de inocência previsto no inciso LVII, do artigo 5º, da CF, e com base na força normativa do artigo 60, § 4º, da CF, não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional, pois é vedada a alteração que tende a abolir a) a forma deliberativa de Estado; b) o voto direto, secreto e universal e periódico; c) a separação dos poderes e d) os direitos e garantias individuais.

Dessa maneira, as cláusulas pétreas são normas que não podem ser deturpadas, sob pena de desvio de finalidade e abuso de poder. O ex-ministro do STF, Carlos Ayres Britto, sob essa perspectiva, entendeu que:

A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de "originário") não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. (ADIn 2.356 MC e ADI 2.362 MC, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, j. 25-11-2010, P, DJE de 19-5-2011).

Da análise da PEC 5/19, conclui-se que o senador Oriovisto não faz qualquer referência direta ao inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição, prevista nos direitos e garantias individuais, possuindo apenas o intuito de dar entendimento contrário ao que o plenário do STF acabou de decidir acerca da impossibilidade de execução provisória da pena após confirmação em 2ª instância.

Ademais, não se pode olvidar que, não obstante a estratégia do Senador de incluir a redação da prisão em segunda instância no artigo 93, da Constituição, torna-se-á regra geral, e o artigo 5º, inciso LVII, torna-se-á regra especial e, desta forma, sobrepor-se-á a regra geral, ainda que esta seja posterior.

Como cláusula pétrea, o princípio da presunção de inocência não pode ser relativizado, nem pelo STF, nem pelos parlamentares, que em outras palavras, estariam colocando a CF contra ela mesma em caso de aprovação da PEC 5/19.

Assim, diante da não declaração de inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP pelo STF, mantendo-se sadia sua origem constitucional, qualquer tentativa de se inserir na Carta Magna dispositivo que afronte o princípio da não culpabilidade, por se tratar de cláusula inserida em direitos e garantias individuais, pode-se simplesmente se avultar uma fraude à Constituição e que assim será declarada inconstitucional.

5. Considerações Finais

O presente artigo conseguiu atingir seu objetivo principal, ou seja, analisou a situação jurídica da evolução jurisprudencial do cumprimento da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória após julgamento em segunda instância, apontando caminhos para a proteção do cidadão através das garantias constitucionais e ampliação dos seus direitos.

Diante disso, observa-se que o direito avançou bastante em diversos temas nos últimos anos, mas ainda há muito o que evoluir, pois no Brasil, por exemplo, os crimes contra a vida são objeto de julgamentos por júri popular na primeira instância, o que diferentemente ocorre nos demais casos, tendo em vista que o mesmo juiz que, por exemplo, autorizou buscas, apreensões, prisões preventivas e outras medidas instrutórias no curso da ação penal é quem emite a sentença.

Nesse ínterim, portanto, os crimes contra a vida – que vão a júri popular – deveriam ensejar cumprimento de pena logo após a condenação em primeira instância. Já os demais casos, a prisão após segunda instância apenas minimiza o fato de que, na primeira instância, o juiz de instrução é quem sentencia o réu, o que de fato não é o ideal, pois a condenação em primeira instância cria um viés de acompanhamento de raciocínio para os

juízes da segunda instância para uma eventual confirmação de sentença, fazendo ganhar corpo a partir daí a instituição da figura de um juiz de garantias.

Sendo assim, melhor seria reformar o sistema judiciário brasileiro, separando com clareza a fase instrutória do processo da fase de julgamento do réu, uma vez que dadas as amplas oportunidades de protelações nas instâncias superiores, é evidente que a intenção visa alcançar unicamente a prescrição, não podendo as garantias individuais serem suprimidas pelo mau funcionamento da máquina estatal.

Por fim, deve-se então o Estado criar mecanismos legais com intuito de barrar a interposição de recursos com finalidade única e exclusivamente protelatória visando a prescrição, ou então se aparelha o Estado de forma a se respeitar a duração razoável do processo.

Referências

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 05 de outubro de 1988. <http://www2.planalto.gov.br>, acesso em 12 de out. 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Silene Cardoso. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43** do Distrito Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/ADC434454.pdf> > Acesso em setembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus 126.292/SP**. Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 542**. Brasília, mar./abr. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo541.htm>. Acesso em: 22 set. 2020.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2007.

LAKATOS, E. Maria; MARCONI, M. de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica: Técnicas de pesquisa**. 7 ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 183-212.

MENDONÇA, A. B. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011.

MOUGENOUT, Edilson. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dos direitos e garantias fundamentais**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TRIVIÑOS, A. N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 2007.

O tratamento jurídico-penal referente à importunação sexual: a Lei nº 13.718/18 e seus impactos

*Elaynny Cristiny Pereira Lima de França*¹

*Hewldson Reis Madeira*²

1. Introdução

O crime de importunação sexual definido pela lei 13.718/18 tem como característica a realização do ato libidinoso na presença de alguém de forma não consensual, e tem como objetivo satisfazer a própria lasciva ou de terceiros. Nesse sentido, podemos citar o assédio sofrido por mulheres em transportes públicos, além disso, engloba ações como beijos forçados e passar a mão no corpo alheio sem permissão.

Dessa maneira, o tipo penal encontra-se inserido no Código Penal Brasileiro, em seu Título VI “dos crimes contra a dignidade sexual”,

¹ Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Faculdade de Educação Santa Terezinha. Email: elaynny123@gmail.com

² Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/ALFA, 2019). Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade de Taubaté (UNITAU/SP, 2013), Pós graduado em Políticas em Educação do Ensino Superior pela Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST/MA, 2014); Especialista em Direito Penal e Processo Penal (UGF/RJ, 2010), Graduado em Direito pela Faculdade de Imperatriz (FACIMP/MA, 2008). Atualmente é professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST) e da Faculdade de Imperatriz (Wyden/FACIMP). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST). Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - “Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais”. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. Desenvolve suas atividades acadêmicas na área do Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, com ênfase na Constitucionalização do Direito de Punir do Estado. E-mail: hewldson@hotmail.com

capítulo I, intitulado “dos crimes contra a liberdade sexual”, e através do artigo 215-A torna crime a conduta de quem pratica ato libidinoso contra alguém, motivado pelo desejo de satisfazer lascívia própria ou de terceiros, sem que haja anuência da vítima. A norma prevê pena de reclusão de um a cinco anos para o autor, se o ato não constituir crime mais grave (BITENCOURT, 2018).

Nesse sentido, pode-se perceber que a lei 13.718/18 vem suprir o vácuo legislativo que existia para situações em que a vítima tinha a sua dignidade sexual ultrajada, sobretudo, quando tais atos não se processavam mediante o uso de violência. A importunação sexual pode ser caracterizada ainda, nos casos em que a vítima sofre apalpações pelo corpo sem consentimento ou quando sofre com beijos “roubados”, conduta ainda comum, sobretudo, em eventos festivos.

Diante disso, Joiro (2019, p. 132) diz que “A importunação sexual é delito que pode ser cometido por qualquer pessoa, independentemente de qualquer atributo ou qualidade individual”. Nota-se que a simples análise do texto normativo leva à conclusão de que se trata de crime de natureza comum, podendo a conduta típica ser praticada e/ou sofrida por qualquer pessoa, independente do sexo, ou gênero.

Assim, o tema presente é um assunto que tem grande relevância social, pois qualquer pessoa pode ser vítima, como no fato ocorrido no dia 29 de agosto de 2017, na cidade de São Paulo, no interior de um coletivo em que um indivíduo masturbou-se e ejaculou no pescoço de uma mulher que se encontrava distraída. Nesse viés, quando ocorriam esses episódios, por motivo de falta de tipificação legal os praticantes não eram punidos.

Nessa linha de raciocínio, este estudo trata-se de uma revisão de literatura com coleta de dados realizada mediante busca eletrônica nas bases de dados Google Scholar, Capes, SciELO e a Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD). Como localizador dos artigos foram utilizados os descritores Importunação sexual, Direito Penal e Crimes contra a dignidade sexual.

Esta pesquisa incluiu os artigos disponibilizados na íntegra, nas bases de dados que foram escolhidas; no período de publicação proposto e que tenham relação com os objetivos do trabalho. Os artigos que não se reportavam ao tema proposto e não se encontravam no período determinado, foram excluídos.

Logo, o objetivo deste estudo é reunir informações sobre importunação sexual e a análise da lei nº 13.718/18. Trazendo informações recentes e que esclareçam sobre a temática em questão.

2. Insuficiência dos tipos penais

O Código Penal é composto por diversos tipos penais que lidam com os crimes sexuais, no entanto, nota-se que crimes de potencial ofensivo que são considerados menores que o estupro e maiores que o da contra-venção penal de importunação pública ao pudor houve omissão legislativa.

Assim, em razão dessa desproporcionalidade torna-se necessária tipificar condutas que sejam aplicáveis a situações com menor grau de gravidade e que não são interpretadas como estupro, logo, esses também não podem ser considerados impunes, pois correspondem a outros tipos penais. Nessa toada, já se manifestou José Renato Martins (2015, p. 93-142):

Isso se deve ao fato de a redação imposta pela Lei nº 12.015/09 ter alargado as condutas subsumíveis ao delito de estupro, de maneira a equiparar a reprovabilidade penal imputada à conjunção carnal a qualquer outro ato libidinoso, este, inclusive, por vezes, podendo ostentar reprovabilidade social sensivelmente inferior ao da conjunção carnal, irracionalidade legislativa que, além de ferir o princípio penal constitucional da legalidade (particularmente, na sua vertente da taxatividade ou determinação taxativa), ofende também o princípio da proporcionalidade.

Atualmente, o cenário brasileiro é marcado por casos de assédio sexual em transportes ou lugares públicos, sendo as mulheres a maioria esmagadora de vítimas. Contudo, tais condutas não podem ser

comparadas ao crime de estupro e também a contravenção penal de importunação pública ao pudor (OLIVEIRA, 2017).

Caroline Oliveira, citada por Marina de Oliveira, informa que “esse tipo de abuso já é considerado como usual no dia-a-dia e na realidade de muitas pessoas, mas não alcançam maior visibilidade na mídia pelo fato de não serem denunciados, muitas vezes por medo, desinformação ou pela certeza da impunidade”.

Nesse sentido já leciona Marina de Oliveira (2017, p.34):

Perante a essa sensível lacuna entre as duas infrações, e o fato de que uma gama de condutas não se encaixará perfeitamente em nenhum dos dois ilícitos penais, surge a necessidade de se buscar soluções que supram essa lacuna e evitem o cometimento de injustiças. Uma possível solução já discutida seria a criação de uma infração intermediária que tipifique o crime de violência sexual em meio de transporte público impondo sanções mais rigorosas e privativas do que as presentes no artigo 61.

3. Crimes sexuais contra as mulheres

Masullo et al. (2020) defende que no Brasil a violência contra a mulher é um fenômeno que apresenta elevada incidência, caracterizada como um ato que acomete o gênero feminino, sendo ela doméstica ou que resulte em algum dano, tanto psicológico ou sexual, como também qualquer outro tipo que faça com que a mulher tenha algum sofrimento, entre maus-tratos, ameaças e pressão psicológica. Muitas mulheres sofrem com essas situações, independentemente de classe social ou nível de escolaridade, cor de pele ou idade.

Os agressores ou são do meio familiar ou são pessoas próximas à mulher, de seu convívio social. Nesse sentido, dependência emocional, parceiro alcóolatra, baixo suporte social por parte governamental e antecedente com histórico de violência são fatores que tornam mulheres mais suscetíveis a estes tipos de vivências. Além disso, é notável que a mulher sente medo para efetuar denúncias e parte significativa delas desconhece que é possível ter proteção por parte da lei (PINTO et al., 2017). A violência

sexual se manifesta quando a vítima é obrigada a manter ou participar de uma relação sexual contra a sua vontade ou quando a mulher é submetida a fazer parte de momentos de intimidade sem manifestar desejo, ou seja, quando homens praticam atos sexuais próximo de mulheres.

Nesse sentido, Andrade (2012, p. 153-154) relata que:

O conjunto das conclusões criminológicas críticas e feministas é por demais significativo: se o espaço privado-familiar é um *locus* de incidência majoritária da violência sexual (e seus integrantes os sujeitos centrais envolvidos), pode-se interpretar que isto sucede- para além dos elementos intersubjetivos implicados nas relações de violência – porque, historicamente, na sociedade patriarcal a família tem sido um dos lugares nobres, embora não exclusivo (porque acompanhada da escola, da igreja, da vizinhança etc.), de controle social.

Atualmente, a mídia nacional tem dado visibilidade para casos de assédio, dessa forma, o tema tem sido popularizado e busca-se cada vez mais a compreensão de suas origens. Um caso muito divulgado foi o de um homem que ejaculou em uma mulher dentro de um ônibus (DE SOUZA et al., 2019). Assim, a discussão baseada neste caso está no enquadramento dessa conduta, pois houve debates se o crime estaria adequado para ser considerado crime de estupro que está previsto no art. 213 do Código Penal (estupro) ou à contravenção penal de importunação pública ao pudor, prevista no art. 61 da Lei de Contravenções Penais.

Nesse sentido, grandes debates foram levantados sob a égide da necessidade de se criar um novo tipo penal que incluísse a conduta descrita como assédio, visto que o mesmo não tido como estupro, tampouco pode ser tido como moderada a ponto de se enquadrar como contravenção penal. Levando-se este cenário em consideração, surge a Lei nº 13.718/2018 que abordou tipos penais atuais e promoveu alterações no título dos crimes contra a dignidade sexual do Código Penal (ALBUQUERQUE; SILVA, 2017).

Nessa linha de raciocínio, quando se enuncia sobre crimes sexuais e o perfil de suas vítimas, os dados nacionais inferem que parcela

significativa das mulheres é jovem e negra e seus abusadores são pessoas conhecidas ou da família. Quando estreitamos a questão regional, no Rio de Janeiro, as mulheres que mais denunciam os estupros são jovens, negras, moradoras de regiões periféricas, com baixo desenvolvimento escolar e que conhece seu agressor. O tema da violência sexual ainda é visto como tabu no Brasil (OLIVEIRA, 2019).

Jorge e Gentil (2019) relatam que a leitura e análise da legislação no decorrer da história do Brasil demonstraram uma escolha política na proteção de valores coletivos subjugando a mulher ao espaço marginalizado. A retirada da expressão mulher honesta em 2009 e do fim da extinção da punibilidade pelo casamento, em 2005, demonstram quão recente é a alteração legislativa. A afirmação utilizada pelo senso comum da culpabilização da mulher nos crimes sexuais não é repelida pelo discurso jurídico. O processo histórico de construção da mulher pela legislação como indivíduo a partir da submissão a figura masculina é um reflexo da sociedade e o questionamento da palavra da mulher ao acessar o sistema de justiça, um exemplo.

4. Importunação sexual

Em 2009 o Código Penal sofreu alterações, desde então, surgiram divergências no que se refere a pena do crime de estupro de vulnerável. Logo, os doutrinadores interpretaram que atos libidinosos diversos da conjunção carnal são desproporcionais em relação a casos concretos (SILVA, 2020).

Assim, com a vigência da nova Lei 13.718/18 e a inclusão do crime de importunação sexual, abre-se a possibilidade de afastar a aplicação de uma sanção extremamente rigorosa a atos libidinosos de menor gravidade, aplicando penas intermediárias, bem como evitando impunidades e injustiças no tocante à restrição da liberdade individual.

O tipo penal encontra-se inserido no Código Penal Brasileiro, em seu Título VI “dos crimes contra a dignidade sexual”, capítulo I, intitulado “dos

crimes contra a liberdade sexual”, e, através do artigo 215-A, torna crime a conduta de quem pratica ato libidinoso contra alguém, motivado pelo desejo de satisfazer lascívia própria ou de terceiros, sem que haja anuência da vítima. A norma prevê pena de reclusão, de um a cinco anos ao autor, se o ato não constituir crime mais grave. A consumação do crime, de sua vez, ocorre através da prática, execução ou realização do ato libidinoso, na presença de alguém, a fim de satisfazer lascívia própria ou de terceiros. Senão vejamos o que diz Bitencourt (2018, p. 02)

Assemelha-se a essa conduta – e, por isso mesmo, está abrangida por este tipo penal – quando alguém, sem que a vítima perceba ou contra o seu sentimento, apalpe as suas regiões pudendas (nádegas, seios, pernas, genitália etc.), beijo forçado etc., cuja forma de execução traz consigo a presença inequívoca da vontade consciente de satisfazer a própria lascívia ou a de outrem. Nesses casos, o agente aproveita-se da desatenção da vítima, do local em que se encontra, das circunstâncias de tempo e lugar ou da sua eventual dificuldade de perceber a intenção lasciva daquele. Em outros termos, o agente desrespeita a presença de alguém e pratica, sem sua anuência, ato libidinoso buscando satisfazer sua própria lascívia ou a de terceiro). Na verdade, o agente aproveita-se da presença de alguém (a vítima) e, de inopino, a surpreende, e sem sua anuência, pratica ato libidinoso, ofendendo-lhe a liberdade e a dignidade sexuais.

Diante disso, Jairo (2019, p. 132) diz que “A importunação sexual é delito que pode ser cometido por qualquer pessoa, independentemente de qualquer atributo ou qualidade individual”. Nota-se que a simples análise do texto normativo leva à conclusão de que se trata de crime de natureza comum, podendo a conduta típica ser praticada e/ou sofrida por qualquer pessoa, independente do sexo, ou gênero.

Nesse seguimento, Jairo (2019, p.132) relata também que “quanto ao sujeito passivo, também não consta, no tipo penal, nenhuma exigência especial. Toda pessoa pode ser vítima da importunação sexual”. Dessa forma, percebe-se que o sujeito passivo, igualmente, pode ser independentemente, homem ou mulher, embora seja mais comum as mulheres estarem mais vulneráveis a essa exposição.

Nessa mesma perspectiva, C ezar Roberto Bitencourt (2018, p. 01) aduz que:

Sujeito ativo, como crime comum, pode ser praticado ou sofrido, indistintamente, por homem ou mulher, sendo indiferente o gênero do sujeito ativo e do sujeito passivo, inclusive por ex-maridos, ex-namorados ou ex-companheiros após o término da relação, e, nesta última hipótese, ganha especial relevo a ausência de consentimento da vítima. Sujeito passivo, igualmente, pode ser, independentemente, homem ou mulher, embora seja mais comum as mulheres estarem mais sujeitas a essa exposição e até pela natureza feminina correm mais riscos de serem exploradas, abusadas e até humilhadas por indivíduos inescrupulosos, em quaisquer circunstâncias. As pessoas do sexo feminino estão mais sujeitas a violações dessa natureza, inclusive em términos de relações afetivo-sexuais, inclusive por vinga a.

Nota-se que este tipo penal é considerado um crime comum, logo, o sujeito ativo pode ser praticado ou sofrido, indistintamente por homem ou mulher, tendo em vista que não há importância quanto ao gênero, podendo ser praticado inclusive por ex-maridos, ex-namorados ou ex-companheiros após o término da relação, e, nesta última hipótese, ganha especial relevo a ausência de consentimento da vítima.

Bitencourt (2018, p.01) ainda diz que isso acontece pelo fato da mulher ser vista como uma figura mais vulnerável, assim, as mulheres correm mais riscos de serem exploradas, abusadas e até humilhadas por indivíduos inescrupulosos, em quaisquer circunstâncias. O autor ainda ressalta que a figura feminina está mais sujeita a violações dessa natureza, inclusive em términos de relações afetivo-sexuais, principalmente por vinga a.

Dessa forma, é de suma relevância fazer uma reflexão sobre tipo penal, que em que pese se desenhe como crime de natureza comum, tendo em vista que é mais comum vermos a mulher como vítima, não podemos excluir a possibilidade de que um homem possa vir a ser vítima t mb m de importunação sexual.

No mesmo sentido, Delgado (2009) em relação ao homem ser o sujeito passivo do crime de estupro, esclarece que sem d vidas é um fato

jurídico que se harmonizou com o princípio Constitucional da Isonomia, tendo em vista que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Sendo assim, visto que não se constitui uma regra em relação aos sujeitos, o tipo penal permite que o fato típico seja também praticado por uma mulher. Finalmente, não é demais pontuar, a importunação sexual poderá ter natureza heterossexual, bem como homossexual, visto que todos são dotados de liberdade e dignidade sexual.

Outro ponto que deve ser considerado no estudo sobre a anatomia do crime, reside no elemento subjetivo que impulsiona o sujeito ativo, a vontade que o movimenta até à consumação dos atos. Como diz Bitencourt (2018, p. 05)

O fim especial de satisfazer a própria lascívia (como também a de terceiro) constitui o elemento subjetivo especial do injusto penal e a razão de ser da própria conduta incriminada, aliás, pode-se afirmar, na hipótese de ejaculação, que é a satisfação sexual do agente, não se esgota no ato em si, mas reside, fundamentalmente, na sensação de estar satisfazendo sua lascívia no contato, não autorizado, com outra pessoa, em ambiente público, se expondo para a indefesa vítima, roubando-lhe a satisfação unilateral de sua lascívia ou, eventualmente, também a de terceiro. É como se o agente não se satisfizesse somente com a prática do ato libidinoso propriamente, mas com o fato de ser furtivo, desautorizado e em público. É, pode-se afirmar, verdadeiramente, uma perversão sexual do agente.

Essas questões abordadas pelo autor ainda serão examinadas pela doutrina, entretanto, é necessário voltar alguma atenção para o fato de que a importunação sexual tem natureza dolosa, não havendo previsão da conduta na modalidade culposa. Devido ao fim especial de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro, dessa forma, a título exemplificativo, na hipótese de uma pessoa, por acidente, se desequilibrar e ter seu corpo esbarrado no corpo de outra pessoa, de forma a ensejar a violação, não há que se falar em crime, visto que inexistiu dolo por parte do agente. Assim, em relação ao dolo específico, a configuração do crime se dá a partir da prática do ato libidinoso, motivada pelo fim especial, consubstanciado em satisfazer a própria lascívia, ou de terceiros.

Eduardo Luiz Santos Cabette (2018, p. 09), mais uma vez nos traz pertinente reflexão acerca do tema:

Embora na maior parte dos casos certamente esse “dolo específico” deva estar presente, não se considera que o legislador tenha adotado o melhor caminho. Entende-se que deveria ter agido como o fez em outros crimes contra a dignidade sexual, para os quais o desejo de satisfazer a lascívia não é elemento do tipo. No “Estupro” (artigo 213, CP), por exemplo, isso não é exigido, de modo que se alguém estupra uma vítima, sem qualquer intuito sensual, mas apenas para fins de humilhação ou vingança, isso em nada afeta a configuração do grave ilícito, o que é, no entendimento deste autor, impecável. No caso da “Importunação Sexual” se, por exemplo, um sujeito se aproximar de uma mulher num ônibus, esfregando suas partes pudendas em seu corpo porque não gosta dela e de seu marido, com o objetivo tão somente de submetê-la a uma situação vexatória, o crime do artigo 215 – A, CP não restaria tipificado por falta de elemento subjetivo específico, o que é uma lacuna indesejável.

Percebe-se que o legislador deixou a desejar em relação a atos de zombaria, visto que a pessoa pratica tal ato, mas não se enquadraria no tipo penal, pelo fato de estar fora dos limites do tipo Penal. Seguindo esse pensamento Joiro (2019, p. 143, grifo do autor) ressalta “ [...] **condutas feitas para humilhar a vítima, para causar-lhe constrangimento moral, se desprovida de lascívia, serão atípicas**”.

Dessa forma, percebe-se que o ato praticado por motivos de ganância ou brincadeiras de mau gosto não se enquadram no tipo penal, tendo em vista que para configurar Importunação Sexual é necessário que o crime seja praticado com o fim de satisfazer a lubricidade própria ou de outrem, por expressa previsão legal, o que difere da conduta ora descrita.

5. Lei nº 13.718/18 e seus impactos

Com a entrada da Lei nº. 13.718 de 2018 houve a revogação de toda a redação anterior passando a ser apenas sobre todos os crimes serem de ação pública incondicionada, independente de qualquer especificação. Portanto, atualmente não é necessário que a vítima seja vulnerável ou menor

de idade, agora todos os casos são tratados de forma igualitária no que tange o âmbito da lei. No entanto, a lei nº. 13.718/2018 não trouxe apenas alterações em relação ao tipo de ação penal nos casos de crimes sexuais.

Foi implementado também um novo tipo penal, que se trata da divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia. É válido ressaltar que, em relação a cena de estupro de vulnerável, esse vulnerável se faz jus a quem tem algum tipo de enfermidade ou deficiência mental ou quem não pode oferecer resistência e não ao vulnerável menor de 14 anos, pois em relação a divulgação de cena de estupro de menor de 14 anos a previsão legal já se encontra nos artigos 241 e 241 A do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois nesse último caso o fato se constitui de crime mais grave, de acordo com Pigatto (2020).

Nesse sentido, o crime de Importunação Sexual urge com o intuito de englobar condutas que são lesivas, mas que até então não eram vistas como crimes sexuais. Dessa maneira, como a essência do Direito é dinâmica e adaptativa, os anseios da sociedade foram atendidos.

Assim, a alteração da ação penal nos crimes sexuais foi extremamente válida, visto que passou a tipificar condutas anteriormente não eram relatadas na legislação, como é o caso da Importunação Sexual, que possui penalidade muito mais incisiva do que a penalidade de multa que era prevista na contravenção de importunação ofensiva ao pudor.

Em síntese, a partir de agora o agressor pode ser punido em qualquer hipótese, independente do querer da vítima ou não, pois somente assim, com a correta execução da lei, talvez se possa garantir a integral dignidade sexual, direito este, resguardado na nossa Constituição. É latente ainda a necessidade de investimento em políticas públicas que tratem sobre a temática de gênero, possibilitando assim a desconstrução de velhos paradigmas e machismos existentes.

Ou seja, sob a égide do Direito Penal, trata-se de importante avanço, uma vez que conduziu a separação de atitudes distintas ao crime de Assédio Sexual e Estupro. Parte-se aqui do princípio a *intentio legis*, pois o

objetivo é de criminalizar toda e qualquer conduta que envolve desejo ou excitação sexual não consentida, excetuando, contudo, os atos que envolvam o estado de vulnerabilidade da pessoa ofendida e as ações que incluem violência ou grave ameaça.

6. Considerações finais

Em suma, no Brasil ainda existem diversas lacunas abertas no que tange a garantia de segurança para mulheres. Ademais, apesar da existência da lei vigente, são necessárias medidas mais eficazes para combater a importunação sexual e todos os outros tipos de violência sexual existentes.

A Lei nº 13.718/2018 instituiu o tipo penal de importunação sexual para abarcar condutas que não são lesivas ao ponto de serem enquadradas como estupro. No cenário atual a criação de um tipo penal inferior ao crime de estupro é de suma importância, tanto para evitar a vitimização, quanto para deter a aplicação desproporcional do crime de estupro.

Nessa sequência, a Lei nº 13.718/2018 gerou impactos positivos para quem é vítima de importunação sexual, pois passou a resguardar essa população. Além disso, é necessário que haja um olhar mais cauteloso em relação às vítimas para que avanços significativos possam ser enxergados. Logo, escolas são elos para que haja divulgação de informações sobre a função da lei e também sobre o desenvolvimento de atitudes que não culminem em violência.

Referências

- CABETTE, EDUARDO LUIZ SANTOS. Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da Lei 13.718/18. **BOLETIM CONTEÚDO**, v. 29, 2018.
- FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**. Ed. Universidade Feevale. Rio Grande do Sul, 2013.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5ª ed. Editora Atlas, São Paulo. 2010.

GOLDEMBERG, Ricardo; OTUTUMI, Cristiane. Análise de conteúdo segundo Bardin: procedimento metodológico utilizado na pesquisa sobre a situação atual da Percepção Musical nos cursos de graduação em música do Brasil. **SIMPÓSIO DE COGNIÇÃO E ARTES MUSICAIS**, v. 4, 2008.

KRIPKA, Rosana; SCHELLER, Morgana; BONOTTO, Danusa Lara. Pesquisa documental: considerações sobre conceitos e características na pesquisa qualitativa. **CIAIQ2015**, v. 2, 2015.

RUIZ, João Álvaro. **Metodologia Científica**. 2008. 6ª ed. Editora Atlas, São Paulo. 2008.

SOARES, Adriana Benevides et al. O impacto das expectativas na adaptação acadêmica dos estudantes no Ensino Superior. 2014.

DE SOUZA, Liz Martins Lima et al. VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHER COMO PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA: PERFIL EPIDEMIOLÓGICO. **Revista Interdisciplinar Pensamento Científico**, v. 5, n. 5, 2019.

DE ALBUQUERQUE, Anvete Leal; DA SILVA, Wanessa Carneiro. Perfil da violência sexual contra mulheres atendidas no serviço de apoio à mulher. 2017.

MASULLO, Yata Anderson Gonzaga et al. CONCENTRAÇÃO ESPACIAL DOS CRIMES VIOLENTOS CONTRA AS MULHERES NO MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS, MA. **Caminhos de Geografia**, v. 21, n. 77, p. 133-150, 2020.

PINTO, Lucielma Salmito Soares et al. Políticas públicas de proteção à mulher: avaliação do atendimento em saúde de vítimas de violência sexual. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 22, p. 1501-1508, 2017.

PIGATTO, Rebeca Prado. Estupro: uma análise objetiva da Lei nº 13.718 de 2018 e a sua aplicação no voto proferido na apelação criminal de número 000573138.2017. 8.26.0565 do TJSP. Será a nova legislação de crimes sexuais uma espécie simbólica do direito penal?. 2020.

OLIVEIRA, Joana Filipa da Silva. **A percepção das mulheres acerca da importunação sexual em espaços públicos**. 2019. Tese de Doutorado.

JORGE, Ana Paula; GENTIL, Plínio. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL OU ESTUPRO? OS CAMINHOS DA SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 5, n. 2, p. 31-46, 2019.

SILVA, Juli Evellyn Martins da. Questões de gênero, violência contra a mulher e a tutela penal à dignidade sexual: considerações a partir das leis 13.718/18 e 13.772/18. 2020.

Remição penal pelo trabalho na ressocialização dos apenados

*Elisbeth Silva De Oliveira*¹

*Hewldson Reis Madeira*²

1. Introdução

Inicialmente convém ressaltar que este trabalho tem como objetivo abordar discussões acerca da aplicação da remição da pena pelo trabalho, sendo um tema pertinente no que se diz respeito na ressocialização do apenado. Entretanto, ainda não se tem muito acerca do assunto, sendo o instituto da remição da pena um benefício previsto pela Lei de Execução Penal – LEP n.º 7.210/84. Tem como intuito propiciar ao apenado a possibilidade da subtração, ou seja, a diminuição do tempo de cumprimento da pena com a execução de exercícios por ele, sendo pelo estudo ou pela atividade laboral.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Educação Santa Terezinha – FEST. E-mail: elisbeth_oliveira@outlook.com

²Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/ALFA, 2019). Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade de Taubaté (UNITAU/SP, 2013), Pós graduado em Políticas em Educação do Ensino Superior pela Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST/MA, 2014); Especialista em Direito Penal e Processo Penal (UGF/RJ, 2010), Graduado em Direito pela Faculdade de Imperatriz (FACIMP/MA, 2008). Atualmente é professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST) e da Faculdade de Imperatriz (Wyden/FACIMP). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST). Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) - Campus Augustinópolis/TO - “Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais”. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. Desenvolve suas atividades acadêmicas na área do Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, com ênfase na Constitucionalização do Direito de Punir do Estado. E-mail: hewldson@hotmail.com

Pode-se definir a remição, nos termos da lei brasileira, como um direito do condenado em reduzir pelo trabalho laboral ou pelo estudo, o tempo de duração da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado ou semiaberto. Trata-se de um meio de abreviar ou extinguir parte da pena. Oferece-se, assim, ao apenado, um estímulo para buscar uma nova postura, abreviando o tempo de cumprimento da sanção para que possa passar ao regime de liberdade condicional ou à liberdade definitiva.

Quando se fala em ressocialização, a primeira coisa que se deve pensar é na etimologia da palavra “ressocializar”, que é preciso que o cidadão volte a ser uma pessoa que tenha condições de permanecer no convívio social. Assim, o processo de ressocialização, é uma tentativa em tornar o ser humano uma pessoa mais consciente, capaz de viver em sociedade, seria, sem dúvida, algo desejável e possível se o sistema prisional conseguisse oferecer todos os meios que a própria Lei dispõe como essenciais à ressocialização. O trabalho e o estudo, por exemplo, permitem que a pessoa volte a ser “útil” à sociedade e que tenha seu meio de sustento. Com isso, pelo menos no aspecto material, não haveria razões para delinquir.

A LEP busca aliar o seu caráter punitivo ao educativo, pois busca reeducar o delinquente, preparando-o para sua reincorporação à sociedade, proporciona-lhe meios para reabilitar-se diante de si mesmo e da sociedade, disciplina sua vontade, favorece a sua família e, sobretudo, abrevia a condenação, condicionando esta ao próprio esforço do apenado.

A aplicabilidade e efetividade da remição das penas privativas de liberdade é de suma importância para destacar os princípios constitucionais, onde um dos princípios fundamentais da remição como agremiação de benefício no cumprimento das penas, é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como forma de alcançar os benefícios que legalmente lhe são atribuídos.

Como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo, e teve como intenção acessar dados secundários onde é uma forma barata e prática para obtenção de informações, sempre respeitando pessoas com algum nível de familiaridade com o tema do estudo, isso

incluiu conversar com vários tipos de pessoas em pólos diferentes da sociedade, para se obter diferentes pontos de vista sobre o determinado assunto. Houve uma análise de casos concretos, doutrinas e jurisprudência dos tribunais pátrios.

Conforme a discussão sobre o tema exposto sobre o objetivo da remição, caso haja apenas a intenção de ressocializar o condenado, ou se teria apenas o papel de desafogar os presídios municipais, estaduais e federais, diante a superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros e a ineficácia do Estado em dirimir tal situação.

Em decorrência disso, o trabalho evidencia analisar o tema proposto a fim de elucidar eventuais questionamentos e a importância de tal instituto no panorama da remição da pena e o objetivo de maior importância que é a ressocialização no sistema penitenciário brasileiro.

2. Conceito de pena

Etimologicamente, o termo *pena* oriunda do latim, “*poena*”, “*pinna*” e do grego “*poine*”, se remetendo a ideia de repressão do agente quando se impõe de forma contrária ao Estado colocando em risco a ordem social. Se traduz como o pilar central do direito penal, com cunho jurídico e moral, referindo-se ao processo que tramita conforme a ordem jurídica estabelecida, a fim de impedir o indivíduo a vir cometer novos delitos.

De acordo com Nucci (2014) a pena é a sanção imposta pelo Estado, através da Ação Penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes.

O sistema punitivo do Estado produz efeito da sentença condenatória, que os condenados possuem direitos e deveres que deverão ser cumpridos, é evidente que existe uma organização para realização de certas normas sociais referente a cada indivíduo. Mediante a isto existe a aplicação da pena, sendo a sanção do Estado, valendo do Devido Processo Legal, cuja finalidade é a repressão ao crime perpetrado e a prevenção de novos delitos cometido pelo agente, objetivando reeducar o delinquente, retirá-lo do convívio social enquanto for necessário.

O fim da pena está relacionado com os efeitos sociais buscados pela norma, enquanto a função da pena está relacionada com os efeitos sociais que esta produz podendo, inclusive, se afastar dos fins previamente buscados para a pena. Como dito anteriormente, a pena é uma espécie de sanção penal, sendo uma resposta do Estado diante da prática de uma infração penal. Seja um crime ou contravenção penal.

Há três teorias acerca das funções da pena. A teoria absoluta estava inserida no modelo de Estado absolutista. Nesta época, havia uma confusão entre o Estado e soberano, o direito e a moral e o Estado e religião, além da ideia de que o poder do soberano decorria da vontade de Deus. O poder legal e de justiça estavam concentrados na pessoa do rei e, se o poder do rei decorria da vontade de Deus, então quem agia contra o rei estava agindo contra Deus (NUCCI, 2014).

Por fim, se tem as teorias mistas, unitárias ou ecléticas. Para essas teorias, a pena tem finalidade retributiva (punir os crimes), mas também além do castigo ela serve também para evitar novos crimes. Então, todas as finalidades estão presentes. O mérito destas teorias é justamente reunir o que tem de melhor em relação a todas. Então, se o sujeito, por exemplo, não precisa de ressocialização, pode se exacerbar no caso concreto a necessidade de um castigo. Ainda que uma finalidade, no caso concreto, não se sobressaia, a outra pode se sobressair. A pena é multifacetada, ela tem diversas finalidades. É a teoria dominante e o Código Penal lida bem com essas teorias.

Essa modalidade de ressocialização para o apenado social no presente é, nas estruturas do sistema de execução penal brasileiro, atingindo através de benefícios que instituem atividades que promovam o social do sentenciado, como a remição pelo trabalho e estudo nas penitenciárias (BECCARIA, 1997, p. 18).

Por fim, vale ressaltar que o objetivo da pena não é de infligir sofrimento físico ou psíquico ao sentenciado, além de possuir a função de retribuir o mal que foi causado à sociedade através da imposição de pena

privativa de liberdade ou de penas alternativas, a pena objetiva a coibição de demais delitos através da ressocialização do apenado.

3. Considerações sobre a lei de execução penal

A Lei de Execução Penal, n.º 7.210/84, tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e oferecer condições harmônicas para o retorno do apenado a sociedade, pois ela também visa ressocializar o reeducando. Segundo o art. 10 da referida lei o Estado deve dar assistência a estas pessoas que ele afastou do convívio social, a saber: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Para Marcão (2011, p.31):

A execução deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar (MARCÃO, 2011, p. 31).

Vale lembrar que aquele que violou a lei penal, um dia voltará para o convívio social e ressocializá-lo é imprescindível para a sobrevivência da própria sociedade.

A execução penal é atividade muito complexa e supõe previamente deveres e direitos envolvendo o Estado e o condenado, além das obrigações legais de responsabilidade do Estado, o preso é submetido a normas de execução da pena. Conforme Dias (2008, p.1):

Referidas normas, traduzidas em deveres, representam, na verdade, um código de postura do condenado perante a Administração e o Estado, pressupondo formação ético-social muitas vezes não condizente com a própria realidade do preso (DIAS, 2008, p.1).

Na visão de Silva (2010, p. 8) a finalidade da Lei de Execução Penal, nos termos do art. 1º da LEP, a mesma tem dupla finalidade: “a correta efetivação dos mandamentos existentes na decisão criminal e o oferecimento de condições para a readaptação social e moral do condenado”.

Paralelos aos deveres existem os direitos do preso, Nos termos do art. 41 da Lei de Execução Penal, são direitos do preso. Portanto, vale lembrar que os condenados também possuem deveres e são sujeitos de direito de acordo com diversos estudiosos.

Os presos possuem deveres a cumprir, contudo, são sujeitos de direitos de acordo com a Lei de Execução Penal, cuja assistência cabe ao Estado, objetivando prevenir o crime e orientá-lo ao retorno a convivência em sociedade, sendo que tal assistência será no âmbito material, a saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Dentre os direitos, serão expostos em especial o respeito a sua integridade física e psicológica, direito ao trabalho, ao chamamento nominal e os direitos relativos a ampla assistência que lhe deve proporcionar o Estado (SILVA, 2010, p.15).

Concorda-se, pois com as palavras de Beneti (1996, p. 58): “É importante ressaltar que os direitos do preso, em qualquer das modalidades de prisão e em todos os regimes prisionais, integram *ex vi legis*, o título executivo penal, como se nele fossem escritos”.

Atualmente um dos pontos observados nos presídios é a superlotação nas celas. Não há como falar em ressocialização sem mencionar os direitos humanos, que são necessários ao homem e que deveriam ser protegidos pelo Estado. Os direitos humanos fundamentais estão previstos na Constituição de 1988, mas o grande problema, porém, não é a falta de previsão legal, mas sim a não efetivação desses direitos.

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 1992, p. 25-26).

Assim, baseado nos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, o Poder Público deveria adotar procedimentos que contribuíssem para uma administração penitenciária de qualidade, e fazer dos presídios um ambiente melhor, no qual os custodiados sejam reconhecidos como seres

humanos, e o tratamento humanitário seja exemplar. É dever constitucional do Estado assegurar a todos que estejam sob sua custódia, mesmo privados da liberdade de ir e vir.

A finalidade de ressocializar só será alcançada quando as instituições prisionais, oferecerem aos presos qualidades ideais e satisfatórias para que ali seja feito o trabalho de ressocialização, oferecendo ao condenado projetos que tenham como foco a remição de pena pelo trabalho ou pelo estudo. Algumas formas de ensinamento, alimentação adequada, instalações higiênicas entre outras garantias que a Lei lhes assegura podem ser cumpridas na práticas, principalmente, quando poder público e apenados estarem dispostos e atuarem em harmonia.

Para que isto ocorra, é necessário que o Estado envie verbas para reforma dos estabelecimentos, a fim de escassear a superlotação penitenciária, e, ainda, que se criem programas dedicados a recuperar e reeducar o detento. Conforme Marcão (2011, p. 123):

No particular o Estado só cumpre o que não dá pra evitar. Proporciona a alimentação ao preso e ao internado; nem sempre adequada. Os demais direitos assegurados e que envolvem a assistência material não são respeitados (MARCÃO, 2011, p.123).

O poder público não pode cessar investimentos futuros e já está certo que novos projetos (oficinas de trabalho) serão implantadas para que tais serviços colaborem que direitos como a remição penal pelo trabalho realmente sejam aplicadas na prática, convenhamos que há uma distância entre a aplicabilidade da LEP e a realidade de muitas unidades prisionais brasileiras situadas em diferentes regiões do país.

O reconhecimento do preso como pessoa humana, valorizando e dignificando-o mesmo dentro de uma prisão, sem dúvida é um dos caminhos para que se recupere. À medida que novas instalações forem inauguradas, a expectativa passa a ser positiva e a ressocialização dos apenados pode ser realmente alcançada de forma plena e satisfatória. Esse é o sentido maior da Lei de Execução Penal, a ressocialização dos detentos, tendo como

parceiro nesse objetivo, o benefício da remição penal seja pelo estudo ou pelo trabalho.

4 Remição penal

A partir deste capítulo é possível compreender a ideia geral do trabalho, isto é, passa-se a entender a possibilidade de abatimento da pena pelo exercício de uma atividade laboral e também pelo estudo.

O instituto da remição de pena surgiu no século XVIII, através do Código Penal Espanhol, tendo como proposta a ressocialização do condenado, conforme afirma Prado acerca do assunto:

[...] o instituto da remição é consagrado pelo Código Penal Espanhol (art.100). Tem origem no Direito Penal Militar da guerra civil e foi estabelecido por decreto de 28 de maio de 1937 para os prisioneiros de guerra e os condenados por crimes especiais. Em 7 de outubro de 1938 foi criado um Patronato Central para tratar da “redención de penas por El trabajo” e a partir de 14 de março de 1939 o benefício foi estendido aos crimes comuns. Após mais alguns avanços, a prática foi incorporada ao Código Penal com a Reforma de 1944. Outras ampliações ao funcionamento da remição verificaram-se em 1956 e 1963 (PRADO, 2001, p. 149).

O instituto da remição de pena traz uma perspectiva de grande relevância ao condenado, que busca encontrar meios alternativos durante o período de cumprimento de pena. Esta possibilidade favorece o condenado que estuda ou trabalha, vinculando estas atividades com a sua ressocialização e a sua recuperação.

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 determina que o trabalho seja um direito social fundamental de todo ser humano. Concomitante neste sentido, o artigo 28 *caput* da Lei de Execução Penal enfatiza que “o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”.

O trabalho nas prisões do Brasil iniciou durante o período Imperial com o pressuposto de reprimir e reabilitar os condenados, apostando na

recuperação moral e ideológica do criminoso. O trabalho prisional vislumbra a possibilidade de recuperar o delinquente, conforme Albergaria aponta “a reinserção social do preso como objetivo da pena retirou do trabalho o seu aspecto de castigo, opressão e exploração” (ALBERGARIA, 1996, p. 55).

O condenado que se preocupa em ocupar seu tempo com afazeres relacionados ao estudo ou trabalho, estará aferindo vantagens em relação aos demais que permanecem na ociosidade. No entendimento apontado por Foucault esclarece comparativamente como devia ser as prisões:

[...] desde o começo a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto à escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo em que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para aprofundá-los ainda mais na criminalidade (FOUCAULT, 1987, p. 131).

O sistema penal brasileiro tem dificuldades gigantes em vista da superlotação carcerária e do alto índice de reincidência de egressos do sistema penal. As políticas públicas pertinentes ao sistema prisional são insignificantes e não apontam para um comprometimento mais eficaz por parte das autoridades para obter um resultado mais expressivo de ressocialização do apenado.

4.1 Conceitos

“A palavra “remição” vem de *redimere*, que no latim significa reparar, compensar, ressarcir. É preciso não confundir “remição” com “remissão”; esta, segundo o léxico, significa a ação de perdoar” (MARCÃO, 2009, p. 163).

A remição é norma de natureza penal, e não processual; logo, retroage para beneficiar o condenado. Segundo o art. 126 da LEP, o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo

trabalho, parte do tempo de execução da pena (PADUANI, 2002, p.14). Conforme Mirabete (2002, p. 290-291):

Pode-se definir a remição, nos termos da lei brasileira, como um direito do condenado em reduzir pelo trabalho prisional o tempo de duração da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado ou semiaberto. Trata-se de um meio de abreviar ou extinguir parte da pena. Oferece-se ao preso um estímulo para corrigir-se, abreviando o tempo de cumprimento da sanção para que possa passar ao regime de liberdade condicional ou à liberdade definitiva. Segundo Maria da Graça Moraes Dias, trata-se de um instituto completo, pois reeduca o delinquente, prepara-o para sua reincorporação à sociedade, proporciona-lhe meios para reabilitar-se diante de si mesmo e da sociedade, disciplina sua vontade, favorece a sua família e sobretudo abrevia a condenação, condicionando esta ao próprio esforço do apenado.

Remição, de forma simples e objetiva, significa, sinteticamente, resgatar, compensa ou abreviar. No caso específico da lei penal, significa compensar, pelo trabalho, parte da pena de prisão a ser cumprida (MOURA, 2014).

O resgate será na proporção de um dia de pena por três dias de trabalho ou doze horas de estudo. Na realidade, o que o Estado deseja por meio desse instrumento é evitar a ociosidade do preso, substituindo-a com atividades laborais ou educacionais, que visam motivar o bom comportamento. Neste entendimento, segundo Mirabete (2002, p. 425):

O rigor punitivo não deve, por isso, ser determinado de uma vez por todas, nem ser proporcional, exclusivamente, à importância penal da infração. Uma vez fixada a sentença, a pena pode ser diminuída durante a fase executiva, desde que os fins de integração ou reintegração social do condenado tenham sido atingidos.

Por fim, trata-se de um instrumento completo, pois reeduca o delinquente, preparando-o para sua reincorporação à sociedade, oferecendo-lhe ferramentas para reabilitar-se diante de si e da comunidade, disciplinando sua vontade, favorece também sua família, e, sobretudo, abrevia a condenação, tudo isso condicionado ao próprio esforço do condenado.

4.2 Beneficiários

A remição é um direito privativo dos condenados que estejam cumprindo a pena em regime fechado ou semiaberto, não se aplicando, assim, ao que se encontra em prisão albergue, já que a este incumbe submeter-se aos papéis sociais e às expectativas derivadas do regime, que lhe concede, objetivamente, a liberdade do trabalho contratual.

Pela mesma razão, não se concede a remição ao liberado condicional. Também não tem direito à remição o submetido a pena de prestação de serviço à comunidade, pois o trabalho, nessa espécie de sanção, constitui, essencialmente, o cumprimento da pena. Questão proposta é a de se esclarecer se o preso provisório pode valer-se da remição pelo trabalho de parte da pena que lhe for imposta posteriormente. Referindo-se ao art. 126, *caput*, ao “condenado”, pode parecer que não lhe assiste tal direito, embora o preso provisório possa trabalhar no interior do estabelecimento (PADUANI, 2002, p. 20).

Contudo, computando-se na pena privativa de liberdade o tempo da prisão cautelar, nos termos do art. 42 do Código Penal, deve também ser computado o tempo de trabalho executado durante o encarceramento. O preso provisório tem o direito à detração, referente ao elemento principal da pena, a privação de liberdade, não se lhe pode negar o direito remicional, que é um desdobramento do trabalho prisional, elemento secundário da apenação, pois quem pode o mais, pode o menos. O preso provisório, aliás, está recolhido à Cadeia Pública, em que vigora, a rigor, o regime fechado, submetido em princípio aos mesmos deveres e sendo destinatário dos condenados (BARROS, 2014, p.11).

Sendo concedido o trabalho prisional, deve receber as contraprestações previstas na lei para a atividade laboral, que consistem na remuneração e remição. Entre os direitos do preso está, aliás, a igualdade de tratamento (art. 41, XII), incluído aquele que se encontra submetido à prisão provisória (art. 42). Conclui-se, portanto, que o preso provisório também tem direito à remição, como, aliás, tem-se entendido na doutrina a respeito da lei espanhola, também silente a respeito do assunto.

Não tem direito à remição, porém, aquele que se encontra submetido à medida de segurança da internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ainda que essa internação possa ser objeto de detração penal. Ainda que se trate de superveniência de doença mental durante a execução da pena, o condenado não estará cumprindo as regras do regime fechado ou semiaberto, pois aquele que se encontra recolhido em Hospital de Custódia e Tratamento, ou estabelecimento similar, não está obrigado a trabalhar e eventual realização de tarefas tem finalidade meramente terapêutica, diversa da finalidade da remição (PADUANI, 2002, p. 22).

Como a lei não faz qualquer restrição no tocante ao crime praticado pelo condenado, e não existindo dispositivo expresso em contrário, nada impede a aplicação da remição aos condenados por crimes hediondos, por ação de organizações criminosas etc. Da mesma forma, não se pode inferir tal direito ao condenado reincidente ou de maus antecedentes.

Não distingue a lei quanto à natureza do trabalho desenvolvido pelo condenado. Assim, a remição é obtida pelo trabalho interino ou externo, manual e intelectual, agrícola ou industrial, não se excluindo o artesanal, desde que autorizado pela administração de estabelecimento penal. (MIRABETE, 2002, p. 480).

Tem-se admitido também qualquer trabalho útil na prisão, como os burocráticos na administração, de faxina, de formalização de requerimentos e petições em favor de colegas de presídio e etc.

4.3 Contagem do tempo

A contagem do tempo para o fim da remição pelo trabalho é feita à razão de um dia de pena por três de trabalho (art. 126, § 1º). Somente devem ser computados os dias efetivamente trabalhados, excluídos, pois, os dias de descanso obrigatório, ou seja, os domingos e feriados (art. 33, *caput*, segunda parte). Tratando-se de horário especial de trabalho, imposto ao preso nos serviços de conservação e manutenção do

estabelecimento penal, e descanso pode recair em outro dia da semana (MARCÃO, 2009, p. 346).

Somente podem ser considerados para os fins da remição pelo trabalho os dias em que o condenado desempenhar sua atividade laboral, durante a jornada completa de trabalho, que nunca poderá ser inferior a seis nem superior a oito horas, obedecida a lei local quanto à jornada mínima. (MARCÃO, 2009, p. 347).

Seguindo esse entendimento, Mirabete (2002, p. 484):

Daí observarem Sérgio Neves Coelho e Daniel Prado da Silveira que, se o sentenciado trabalhar cinco horas em determinado dia, tal jornada, por não satisfazer ao requisito temporal mínimo (de seis horas), não lhe é computada para o efeito questionado e, de outro lado, se o condenado trabalhar por mais de oito horas (lapso temporal máximo da jornada de trabalho) o excesso não pode ser levado em conta para futura compensação.

Essa conclusão impõe-se porque, caso contrário, permitir-se-ia ao condenado trabalhar apenas quando lhe aprouvesse, por quantas horas diárias desejasse, obtendo a remição com a soma das horas e períodos trabalhados. Além disso, a lei fixa um limite máximo de horas para a jornada de trabalho, que não poderá ser excedido apenas porque o condenado deseja compensar as horas não trabalhadas em dia anterior.

Deve ser computado para a remição, porém, o tempo em que o condenado foi obrigado a trabalhar fora dos horários normais. Assim, se, por determinação da autoridade, o preso trabalhar em dia de repouso semanal ou mais de oito horas diárias, esse tempo deve ser computado na remição.

A recusa ao trabalho é falta grave e compreende-se que o condenado não conteste a ordem de desempenhá-la além das horas normais ou em dias que seriam de descanso. Não se lhe pode negar o cômputo desse tempo de trabalho, a que foi obrigado pela Administração e a que se submeteu por receio de ser submetido à punição disciplinar (MARCÃO, 2009).

Não se pode computar, porém, o trabalho espontâneo do condenado fora dos horários estabelecidos, seja ele realizado na cela ou fora dela. A simples tolerância da Administração não gera, nessa hipótese, o direito à

remição. Não basta à remição, também, o trabalho esporádico ou ocasional do condenado, devendo haver certeza de efetivo trabalho, bem como conhecimento dos dias trabalhados, em atividade ordenada e empresarial. Embora a comprovação dos dias trabalhados deva ser feita por “fichas de ponto” ou outro controle adotado no estabelecimento penal, nada impede que se faça por meio de atestados ou qualquer outra proa idônea. Segundo Marcão (2009, p. 23):

É extremamente relevante saber a fórmula que deve ser empregada para o desconto dos dias remidos, pois sobre tal questão, sendo que da adoção de uma ou outra resultará manifesto benefício ou prejuízo ao sentenciado. 1ª posição: o tempo remido deve ser somado ao tempo de pena cumprida; 2ª posição: o tempo remido deve ser abatido do total da pena aplicada. A primeira posição é a correta, e se revela mais benéfica ao sentenciado. A pena remida deve ser *considerada* como pena cumprida, e sendo assim, o tempo de pena a ser descontado em razão da remição deve somar-se à pena efetivamente cumprida (pena cumprida + dias remidos).

O Superior Tribunal de Justiça publicou uma edição da “Jurisprudência em Teses”, um conjunto de entendimentos fixados pelo Tribunal. Na edição n.º 12, o STJ reuniu onze entendimentos sobre a remição da pena, no qual reiterou este entendimento, determinando assim que o tempo remido pelo trabalho do preso deve ser considerado como pena cumprida. Ademais, mediante o ordenamento vigente, a pena tem como função precípua a reintegração do apenado ao convívio social, onde as regras que regem a execução penal devem ser harmonizadas com tais objetivos.

Por conseguinte, a remição pelo trabalho, destarte o que conta no art. 126, da LEP, deve ser entendida na mesma linha conceitual, computando-se o tempo remido como tempo de efetiva execução da pena restritiva de liberdade.

4.4. Remição pelo trabalho e a Lei n.º 12.433/2011

A principal inovação com a edição da Lei n.º 12.433/2011 foi a inclusão da possibilidade de remir a pena com o estudo, e mantendo também a

remição pelo trabalho. O cômputo da remição pelo estudo se dá da seguinte forma: a cada doze horas de frequência escolar, devidamente comprovada é remido um dia da pena, no espaço temporal mínimo de 3 (três) dias. Nucci (2013, p. 1040) complementa:

Entretanto, nada impede que o preso estude por oito horas diárias, comprovadas por frequência a dois cursos simultaneamente desenvolvidos. Nesse caso, terá direito ao cálculo de “dois dias de estudo” a cada 24 horas, em que tiver a carga horária de oito horas diárias. Aliás, pode o preso trabalhar e estudar concomitantemente, desde que os horários sejam compatíveis (art. 126, § 3º, LEP) e a remição será cumulada.

É conveniente também destacar que, a remição, seja ela por trabalho ou estudo, é decorrente de merecimento, e havendo falta grave comprovada e anotada em prontuário, o condenado pode perder até um terço do tempo remido, onde decretada a perda, recomeça-se nova contagem a partir da data do cometimento. Para Nucci (2013, p. 1041), modificando, assim, o entendimento anterior de que perderia todos os dias remidos, encera a discussão sobre a constitucionalidade ou não de tal prática:

Por outro lado, a parte positiva é o comando normativo de individualização executória, seguindo-se, com primor, o princípio constitucional da individualização da pena. Não há uma perda padronizada para todos os condenados, devendo o juiz mensurar cada caso, conforme a natureza da infração disciplinar, seus motivos, suas circunstâncias, suas consequências, em como se levando em consideração a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Sendo assim, um apenado pode ser punido com a perda de um terço dos dias remidos e outro com um sexto, dependendo de cada caso, e a vantagem da nova disposição é a individualização da execução penal. Outra inovação também advinda da renovação da lei foi o estabelecimento de um teto para a perda dos dias remidos, pois na legislação anterior a prática de falta grave levava a perda de todos os dias remidos, sendo uma medida injusta, pois mediante uma única falta, poderia perder muitos anos trabalhados.

5. Considerações finais

Percebe-se a importância da remição como caráter de ressocialização, haja vista que o apenado deverá um dia sair do sistema prisional, nada melhor do que o mesmo ter meios que proporcione sua reinserção na sociedade. E o trabalho e estudo são os melhores instrumentos para transformar o preso.

Lembra-se que a Lei n.º 12.433/2011 trouxe expressivas inovações, aliando ao trabalho, que já era tratado na lei de execuções penais, oferece ao preso condições de se restabelecer na sociedade, isto é, a remição propicia além da redução da pena, a ressocialização do condenado, e consequentemente a sociedade se beneficia, pois, com presos trabalhando ou estudando as chances de ressocializar e não reincidir em condutas criminosas.

O processo de ressocialização, é uma tentativa em tornar o ser humano uma pessoa mais consciente, capaz de viver em sociedade, seria, sem dúvida, algo desejável e possível se o sistema prisional conseguisse oferecer todos os meios que a própria Lei dispõe como essenciais à ressocialização. O trabalho e o estudo, por exemplo, permitem que a pessoa volte a ser “útil” à sociedade e que tenha seu meio de sustento. Com isso, pelo menos no aspecto material, não haveria razões para delinquir.

A pena, por si só, em especial, em regime fechado, e mais ainda nos presídios abarrotados de gente e sem as mínimas condições de salubridade e higiene, não ressocializa, não traz de volta a sensibilidade e a humanidade, a compreensão e a percepção da alteridade. Ao contrário, ela “deseduca”, endurece o caráter e desperta a fúria.

O estudo e o trabalho são direitos assegurados ao preso, sendo um meio facilitador de conhecimento e de aprendizagem, possibilitando evoluir culturalmente e profissionalmente abrindo novos horizontes no mundo da educação e do trabalho com firme propósito na sua reeducação e ressocialização. Os desafios são grandes, mas cabe ao Estado continuar

viabilizando e incentivando o condenado a aprender ou mesmo reciclar-se em uma profissão lícita e honesta que irá posteriormente ser útil ao regressar para o mercado de trabalho.

É fato que o estudo e o trabalho são direitos assegurados ao preso, sendo um mecanismo facilitador de conhecimento e de aprendizagem, possibilitando evoluir culturalmente e profissionalmente abrindo novos horizontes no mundo da educação e do trabalho com firme propósito na sua reeducação e ressocialização.

Cabe ao Estado a grande responsabilidade de implementar medidas que assegurem a aplicação correta das leis penais voltadas à ressocialização do detento, bem como investir em educação e saúde dos mesmos. Conclui-se que o cumprimento de pena tem de ser sempre compatível com o respeito às garantias constitucionais do condenado e, a execução penal tem como análise o desenvolvimento da personalidade e o respeito à dignidade humana.

Vale ressaltar que este trabalho não vem esgotar o tema, pelo contrário, permitir que mais pessoas tenham conhecimento da legislação e tenham consciência da importância de trabalhar nos presídios brasileiros de modo a ressocializar o detento e ao mesmo tempo, diminuir a pena antes estabelecida. Sendo assim, acredita-se que o objetivo foi alcançado e a problemática respondida.

Referências

ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. 3. ed., Belo Horizonte: DelRey, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, República Federativa do. *Lei n.º 12.433*, de 29 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12433.htm>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. República Federativa do. *Lei n.º 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>. Acesso em: 12 out. 2020.

DIAS, Henrique. Tipos de prisão. *Revista Consultor Jurídico*, 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-25/henrique-dias-nao-incide-contribuicao-previdenciaria-stock-options> Acesso em: 10 out. 2020.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir: a história da violência nas prisões*. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

MARCÃO, Renato Flavio. *Curso de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCÃO, R. F. *Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. rev e atualizada-Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, G.S. *Manual de Processo e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tri- bunais, 2011.

PADUANI, Célio César. *Da Remição Penal na Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. volume 1: parte geral. 2. ed. ver. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Haroldo Caetano da. *Manual da Execução Penal*. Campinas: Bookseller, 2010.

Mudanças percebidas na organização e crescimento da pesca artesanal do Município de Praia Norte/TO a partir da fundação da colônia de pescadores Z26

*Edson Trajano Vieira*¹

*Moacir José dos Santos*²

*Kamila Soares Leal*³

1. Introdução

A evolução da atividade pesqueira, e a importância social que ela tem, demonstrou a necessidade de regulamentação e organização que pudesse acompanhar tal crescimento.

A primeira forma de organização social dos pescadores surgiu em 1919, com a instituição das primeiras colônias de pescadores no Brasil. Importa destacar que a iniciativa de sua criação não foi dos pescadores, mas sim da Marinha Brasileira, cujos interesses se deram após a primeira guerra mundial, a fim de defender a costa brasileira (MORAIS, 2018).

¹ Economista, Mestre em Economia, Doutor em História Econômica - Universidade de São Paulo - USP, Professor do Programa de Pós-graduação em Planejamento e Desenvolvimento Regional - Universidade de Taubaté - UNITAU (www.unitau.br).

² Doutor (2006), mestre (2000) e graduado (1996) em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), com pós-doutorado (2015) pela Universidade do Minho (UMINHO). Professor da Universidade de Taubaté (UNITAU) e do Centro Universitário Módulo. Professor do Mestrado em Gestão e Desenvolvimento Regional (MGDR) e do Mestrado em Planejamento e Desenvolvimento Regional (MPDR) da UNITAU (www.unitau.br).

³ Advogada, Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional - Universidade de Taubaté - UNITAU; Pós-graduada em Processo Civil e Docência do Ensino Superior, Professora na Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS. (kamila.ksl@hotmail.com).

Diante do exposto, levantou-se o seguinte questionamento: quais as mudanças percebidas pelos pescadores da colônia Z26 a partir de sua implantação.

Durante seus 30 anos, o município de Praia Norte/TO sempre contou com a pesca artesanal para a geração de renda. Porém, essa atividade era desenvolvida apenas como meio de sobrevivência, sem nenhuma orientação ou acompanhamento.

Somente no ano de 2005 foi implantada uma colônia de pescadores na cidade, denominada Z-26 que passou a gerenciar a atividade pesqueira do município.

Dessa forma, o objetivo geral do artigo é identificar as mudanças percebidas pelos pescadores para a organização e crescimento da pesca artesanal a partir da implantação da colônia Z26 do município de Praia Norte.

2. Os tipos de pesca e o conceito de pescador artesanal

O conceito de pescador artesanal pode ser extraído da Lei 11.959/09 que dispõe em seu art. 8^a, inciso I, alínea a, que a pesca artesanal é aquela praticada por “pescador profissional, de forma autônoma ou em regime de economia familiar, com meios de produção próprios ou mediante contrato de parceria, desembarcado, podendo utilizar embarcações de pequeno porte” (BRASIL, 2009b).

O Estado de São Paulo promulgou a Lei nº 11.165, de 27 de junho de 2002 - Código de Pesca e Aquicultura do Estado, que logo em seu artigo primeiro conceitua “pesca como toda ação destinada a extrair, colher, apenhar, apreender, capturar ou caçar organismos hidróbios”.

Portanto, o pescador artesanal é aquele que empreende a captura do pescado, com ferramentas e apetrechos artesanais, para fins comerciais e/ou de subsistência, em sede de economia familiar ou comunitária.

Os conceitos apresentados delimitam as diferentes características que existem entre a pesca artesanal, a piscicultura e a pesca industrial. A piscicultura é o cultivo de peixes em ambientes controlados, enquanto que a

pesca o extrai direto da natureza, sem qualquer controle sobre o ambiente. Do mesmo modo, diferencia-se da pesca em escala industrial pelos meios e formas que se utiliza para a realização da atividade.

A produção artesanal é marcada pelo “uso de tecnologias relativamente simples pelos pescadores artesanais e distingue-os das atividades de pesca industrial: eles usam barcos menores, materiais mais baratos, incluindo redes de espera, linhagens e motores mais fracos” (TSAKANIKA et al. 2018, p. 3).

Partindo dessa base conceitual, e percebendo a importância da pesca na história brasileira, Ramires, Barrella e Esteves escrevem que:

No setor de pesca artesanal estima-se que aproximadamente 700.000 pescadores estejam envolvidos, sendo representados por 400 colônias distribuídos entre 23 Federações Estaduais. Em relação a distribuição por regiões, 21% atuam na Região Norte; 39% na Região Nordeste; 18% na Região Sudeste e 22% na Região Sul (2012, p. 1).

Analisando a distribuição por atuação nas regiões, o Norte possui 21%, e dentro dessa porcentagem está a colônia de pescadores da Cidade de Praia Norte no Estado do Tocantins, objeto de estudo desse trabalho.

3. Organização social dos pescadores e a formação das colônias de pesca

A importância dos pescadores na história do Brasil surge durante o período de pós-guerra, onde todos estavam aflitos e precisavam proteger a costa brasileira, com a ideia de fazer uso do saber do pescador que conhecia muito bem os segredos do mar, visto que ali trabalhava dia e noite.

O interesse do Estado nesses profissionais era tão significativo que a Marinha “guardava para si o direito de recrutar marinheiros e pescadores para compor seus quadros em caso de guerra” (CARDOSO, 2009, p. 3).

A Marinha também criou em 1º de janeiro de 1923 o primeiro estatuto das colônias de pescadores do Brasil. Nele era previsto que “para

praticar a pesca, os pescadores eram obrigados a matricular-se nas colônias” (MORAIS 2016, p.1).

Como apontado anteriormente, desde 1846 esse registro era feito, só que nas Capitânicas dos Portos. Com a criação das colônias de pesca, esse controle e organização passam a ser feitos em uma instituição mais próxima do pescador.

A partir da mobilização social dos pescadores, considerada fundamental na consolidação dos direitos da categoria (CARDOSO, 2009, p.9), através do “Movimento Constituinte da Pesca”, com o apoio da Comissão Pastoral da Pesca, a Constituição Federal de 1988 equiparou as colônias de pesca aos sindicatos de trabalhadores rurais.

CF/1988 - art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

A Lei 11.699 de 2008 dá eficácia a esse dispositivo constitucional e reconhece as colônias como o órgão de classe dos pescadores artesanais. Com essa conquista, as Colônias de Pescadores tornam-se organizações independentes e autônomas, com forma e natureza próprias. Esse marco rompe com o histórico de sujeição e vinculação das colônias de pesca ao Estado.

Além disso, a pesca é praticada em conjunto, seja no âmbito familiar ou comunitário, e o ambiente em que a atividade é realizada é de uso comum e compartilhado. Assim, a própria natureza dessa atividade cobra que ela se organize socialmente e se desenvolva através de laços cooperativos. Esse fator impulsionou a consolidação das colônias de pesca como a principal entidade representativa da categoria.

Assim, a Colônia de Pescadores pode ser definida como a instituição representativa da categoria, que atua em defesa dos direitos dos pescadores, que organiza suas atividades e desempenha papel fundamental para

que o pescador inicie e mantenha seu vínculo como segurado especial do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS, 2018).

Maldonado e Santos (2006) destacam que o avanço das organizações sociais pesqueiras é afetado negativamente pelo pouco conhecimento sobre gestão, legislação, cooperativismo e empreendedorismo. Assim, defende-se que os incentivos e investimentos no setor devem passar pela difusão da educação.

Willers (2016) defende que as mudanças estruturais são essenciais para o desenvolvimento regional. No mesmo sentido, Piacentti (2016) destaca que o desenvolvimento regional depende da capacidade de organização social e política local. Dentre as formas de organização, destacam-se as associações e colônias de pescadores, especialmente porque são formadas a partir da iniciativa dos próprios pescadores.

Neste sentido, as mudanças de paradigma que uma associação sob a égide da economia solidária provoca, como no caso da colônia de pescadores em estudo, são dignas de observação e avaliação para identificar de fato o potencial que tem para provocar o desenvolvimento da região em que está inserida.

4. Método

Trata-se de um estudo de caso da Colônia de Pescadores Z26, localizada no município de Praia Norte - Tocantins. Nessa modalidade, a pesquisa é aquela cujo estudo é feito onde, quando e como ocorreu. Nesse tipo de estudo “o pesquisador precisa definir o que é e como irá apreender a realidade. Desta forma, mesmo que utilize métodos como o quanti-qualitativo, as matérias devem ser coletadas de forma sistematizada, sem qualquer tipo de manipulação”. (LIMA, 2008, p. 56)

Para subsidiar o estudo de caso, utilizaram-se pesquisas bibliográficas e documentais. A pesquisa bibliográfica significa para Lima (2008, p. 49) “procurar no âmbito dos livros, periódicos e demais documentos escritos, as informações necessárias para progredir na investigação de um tema de real interesse do pesquisador”.

A pesquisa documental foi usada como apoio à pesquisa bibliográfica. Através dela, foram explorados documentos privados como o estatuto da Colônia de Pescadores Z26, bem como documentos públicos, tais como: Dados da Firjan, IBGE e SEAGRO. Lima (2008, p. 56) escreve que a pesquisa documental corresponde a “qualquer suporte que contenha informações registradas, formando uma unidade que possa servir para consulta, estudo ou prova, incluindo impressos, manuscritos e outros dessa natureza”.

Quanto à abordagem, a pesquisa foi qualitativa, pois buscou conhecer o processo de transformação da colônia, apontando as mudanças que ocorreram após a implantação da colônia Z26. Richardson (1999, p.71) explica que “o método qualitativo justifica-se por ser uma forma adequada para entender a natureza de um fenômeno social”.

A pesquisa também teve abordagem quantitativa, e esse método caracteriza-se pelo “emprego da quantificação tanto nas modalidades de coleta de informação quanto no tratamento delas, por meio de técnicas estatísticas, desde as mais simples, como percentual, às mais complexas, como coeficiente de correlação”. (RICHARDSON, 1999, p.71)

Para facilitar o acesso às informações necessárias para responder ao problema de pesquisa e alcançar o objetivo proposto, o estudo utilizou-se de formulários com questões objetivas, e foi aplicado para 144 pescadores por acessibilidade.

5. Resultados e discussões

5.1. Implantação e atuação da colônia de pescadores

A colônia de pescadores Z-26 foi fundada em Praia Norte em setembro do ano de 2005, com a finalidade de gerenciar a pesca artesanal, estabelecendo os pescadores sob a forma de empreendimento solidário, e organizar a atividade pesqueira, que era desenvolvida no município de modo informal.

Atualmente, a Colônia de Pesca Z26 possui 284 (duzentos e oitenta e quatro) pescadores associados, os quais estão registrados na Superintendência Federal de Pesca e Aquicultura no Tocantins (LEAL et al. 2018).

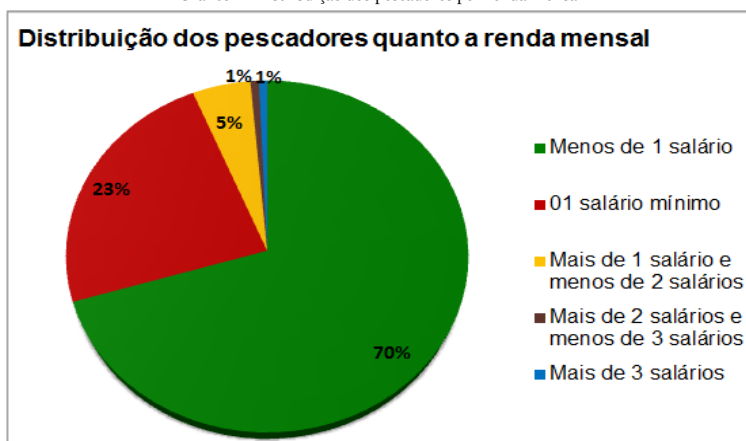
O art. 1º do Estatuto Social da Colônia de Pescadores Z-26 ressalta seu caráter representativo de classe, sua finalidade não lucrativa e a sua equiparação a uma organização Sindical, em atendimento ao parágrafo único do art. 8º da Constituição Federal de 1988, combinado com o art. 1º da Lei nº 11.699/08. Apesar de sua finalidade não lucrativa, ressalta-se a presença da finalidade econômica na constituição da Colônia, visto que se pretende através dela fomentar a economia do pescador artesanal no município de Praia Norte.

5.2. Impactos socioeconômicos da implantação da colônia de pesca

Para avaliação dos impactos econômicos da implantação da colônia de pescadores Z26, os dados referentes à renda foram utilizados como indicadores.

Segundo dados do IBGE Cidades (2019), no município de Praia Norte a renda mensal é de 1,7 salários mínimos em média, sendo que 51,4% da população tem renda *per capita* de até ½ salário mínimo.

Gráfico 1 - Distribuição dos pescadores por renda mensal



Fonte: Dados da pesquisa (2019)

Em se tratando da renda mensal dos pescadores, a pesquisa aponta que 70% destes percebem menos de 01 salário mínimo por mês. A distribuição dos pescadores, segundo a faixa de renda, é apresentada no Gráfico 1.

O resultado aponta um cenário extremamente preocupante, pois um percentual tão elevado (70%) de associados vivem com menos de 1 salário mínimo por mês, e isso indica a vulnerabilidade das pessoas que vivem com menos do que o mínimo necessário.

Um dos efeitos mais expressivos na renda dos pescadores, com a implantação da colônia de pescadores Z26, foi a oportunidade de recebimento de Seguro Defeso.

O seguro defeso trata-se de um benefício social, que foi instituído em 1991 pela Lei n.º 8.287/91, tendo como beneficiário o pescador artesanal profissional (ALVES; FARRANHA, 2016). É um dos eixos do programa Seguro Desemprego e visa atender as necessidades de subsistência do pescador durante o período de defeso.

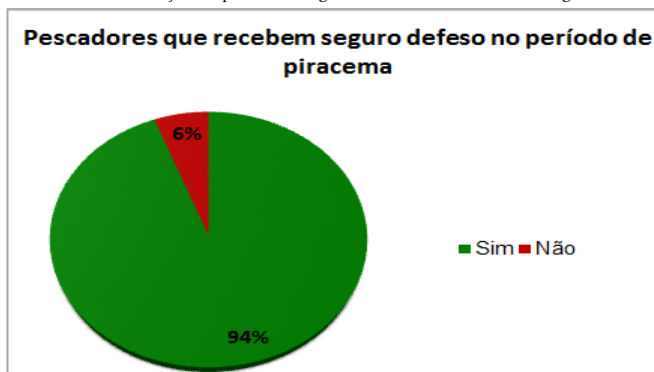
No município de Praia Norte -TO, o defeso ocorre, anualmente, entre 1º de novembro a 28 de fevereiro, que é a época da piracema em toda a bacia hidrográfica do Rio Tocantins (BRASIL, 2011). Portanto, durante esses quatro meses do ano os pescadores não podem exercer sua atividade econômica, necessitando receber o benefício concedido pela Seguridade Social.

O Decreto nº 8.424 de 2015 dispõe que o requerimento desse benefício deve ser instruído mediante prova de inscrição do pescador no Registro Geral da Pesca e inscrição do Regime Geral da Previdência Social como segurado especial. Nesse diapasão, verifica-se a importância da organização dos pescadores sob a forma de colônia, pois é a colônia de pescadores, em nome de seus associados, que processa as informações necessárias, apresenta-as aos órgãos públicos responsáveis pela concessão do benefício e acompanha os trâmites burocráticos. Sem a intermediação da entidade, o pescador precisaria ir diretamente ao órgão competente e fazer o requerimento, fato que pode dificultar o acesso ao benefício.

Segundo a Lei nº 10.779 e o Decreto nº 8.424/15, o pescador deve apresentar o registro como pescador artesanal profissional, a comprovação de comercialização do pescador, a condição de segurado especial, comprovação de contribuição previdenciária e não possuir renda proveniente de outras atividades econômicas.

Acerca do efetivo recebimento deste benefício social, em Praia Norte - TO ainda existe um percentual de pescadores que não o recebem, correspondendo a 6% do total. Os dados estão no Gráfico 2.

Gráfico 2 - Distribuição dos pescadores segundo o recebimento ou não do seguro defeso



Fonte: Dados da pesquisa (2019)

Na condição de segurado especial, os pescadores artesanais passam a ter cobertura social e podem ter acesso a todos os benefícios da previdência. E sobre tais benefícios, o resultado indica que a maioria (96%) possui acesso. Gráfico 3 - Distribuição dos pescadores segundo o acesso a Seguridade Social.

A minoria sem acesso, correspondente a 4%, é compatível com os indicadores de que parte do associado à colônia Z26 não possui perfil de pescador profissional. Os dados estão no Gráfico 3.

Gráfico 3 - Distribuição dos pescadores segundo o acesso a seguridade social



Fonte: Dados da pesquisa (2019)

Considerando os aspectos de renda que os resultados apresentam, infere-se que a implantação da Colônia de Pescadores Z26 trouxe mudanças significativas na renda familiar dos pescadores.

Gráfico 4 - Distribuição dos pescadores segundo a percepção de melhorias no desenvolvimento da pesca



Fonte: Dados da pesquisa (2019)

Neste sentido, em relação à distribuição dos pescadores e em relação à percepção de melhoria nos rendimentos, a pesquisa indica que parte significativa (94%) observou alteração positiva na renda. Os resultados estão no Gráfico 5.

Além da organização produtiva que a Colônia de Pescadores Z26 possibilitou, a qual será discutida adiante, verifica-se que a oportunidade do recebimento do Seguro Defeso alterou o cenário econômico de Praia Norte, através de melhorias nos rendimentos das famílias de pescadores.

É possível inferir tal afirmação a partir da concepção de que antes da implantação da colônia, as famílias, cuja renda provém exclusivamente da atividade pesqueira, não recebiam benefício social durante o período da piracema e ficavam quatro meses sem qualquer renda para a subsistência da família, o que corresponde a uma redução de 33% da renda anual.

Em 2019, foi concedido Seguro Defeso a 308 pescadores em Praia Norte –TO. Com isso, foi injetado na economia local quase R\$ 1 mi, sendo que em média, cada pescador recebeu cerca R\$ 3 mil (PORTAL DA TRANSPARENCIA, 2019).

Observa-se que o número de associados que receberam o benefício no ano de 2019 foi maior que a população da pesquisa (284 pescadores). Fato que pode ser justificado em razão da livre associação, que facilita a entrada e saída de pescadores no quadro da Colônia de Pesca. Para isso, o interessado deve apenas cumprir alguns requisitos, como ser residente no município de Praia Norte – TO. Dessa forma, esse quantitativo é alterado constantemente.

A partir dos resultados, constata-se que a implantação da Colônia de Pescadores Z26 provocou efeitos positivos na economia local, podendo ser considerada uma importante conquista social para os seus associados e demais moradores da comunidade local.

5.3. Regulamentação da atividade pesqueira em Praia Norte

A evolução da atividade pesqueira foi acompanhada pela evolução também na regulamentação da atividade, que vai desde a instituição das colônias e a exigência de registros no século 18, à implementação de políticas públicas de desenvolvimento da pesca (GOULARTI FILHO, 2017).

O conhecimento necessário para o desenvolvimento da atividade pesqueira compreende, dentre outros, as das técnicas de pesca e a regulamentação da atividade. O primeiro inclui saberes nativos como a forma de localização das espécies de pescados, a escolha do ponto mais adequado para a captura do peixe e os apetrechos utilizáveis para cada

espécie, e o segundo, inclui os códigos e normas relativos ao uso do território e a piracema (LIMA; DORIA; FREITAS, 2012).

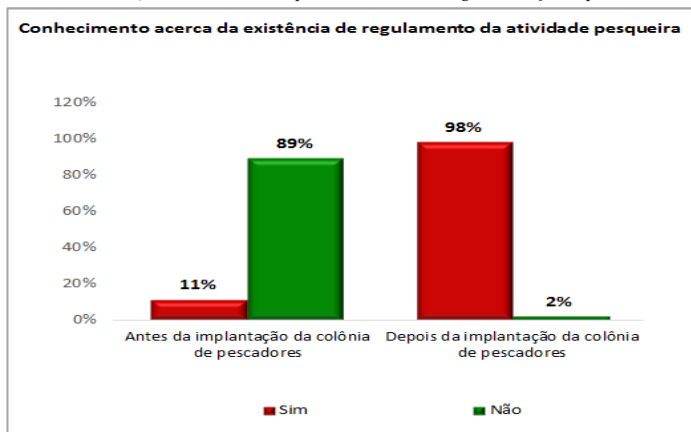
As normas regulamentadoras da atividade pesqueira visam não apenas à proteção social do pescador, como também à realização da pesca de forma sustentável. Por isso, o conhecimento sobre a existência de tais regulamentações é indispensável.

Nesse interim, observa-se que a atuação da Colônia de Pescadores Z-26 foi fundamental para que os pescadores de Praia Norte pudessem conhecer as regras que existem para o desenvolvimento da atividade.

Apesar de muitos pescadores exercerem suas atividades desde muito antes da formação da colônia, a maioria afirma que antes dela não conhecia a regulamentação (89%), e com a colônia, 98% dos pescadores passou a saber da existência da legislação relativa à atividade.

Os dados estão no Gráfico 5:

Gráfico 5 - Conhecimento dos pescadores acerca de regulamentação da pesca



Fonte: Dados da pesquisa (2019).

Os pescadores apontam que as principais normas regulamentadoras a que conhecem dizem respeito ao período defeso e ao direito ao seguro. Apesar de a piracema ser um fenômeno de conhecimento tradicional para os que exercem a atividade pesqueira, o Defeso e seus consectários,

enquanto institutos jurídicos, eram desconhecidos pela maior parte dos pescadores antes da implantação da colônia de pesca.

A Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca (Lei nº 11.959/2009) e a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998) são as normas legais vigentes mais relevantes para a atividade pesqueira (SILVA-JUNIOR; RODRIGUES; CARVALHO, 2019). É papel da Colônia de Pescadores Z-26, por disposição estatutária, defender a execução dessas leis, assim como todas as demais normas legais pertinentes ao desenvolvimento da atividade pesqueira.

O estatuto prevê ainda que a Colônia deve cooperar com as autoridades na fiscalização ambiental e informar aos pescadores sobre o uso de processos inadequados e contrários à legislação. A medida reforça o compromisso da entidade com o desenvolvimento sustentável.

Com a atuação da colônia de pesca, é possível observar que muitas mudanças ocorreram na realização da atividade. A existência de mudanças positivas é indicada pela distribuição dos pescadores quanto à percepção de melhorias no desenvolvimento da pesca, como apresentado no Gráfico 6:



Fonte: Dados da pesquisa (2019).

As melhorias evidenciadas no desenvolvimento da atividade pesqueira estão diretamente ligadas à formação da colônia de pescadores

(SANTOS, 2013). A autora defende que a organização dos pescadores, de forma representativa e participativa, contribui para o desenvolvimento local das comunidades em que se inserem.

6. Considerações Finais

O objetivo do presente artigo foi identificar as mudanças percebidas pelos pescadores para a organização e crescimento da pesca artesanal a partir da implantação da colônia Z26 do município de Praia Norte.

As motivações que levaram ao desenvolvimento deste estudo surgiram do cenário social que a colônia desenvolve dentro do município, visto que a atividade da pesca artesanal é desenvolvida na localidade desde antes de sua emancipação, e a colônia só foi implantada no ano de 2005, e desde então, ouvem-se indagações quanto à contribuição dessa associação para o desenvolvimento da atividade pesqueira.

Antes da implantação da colônia de pescadores Z-26, a atividade pesqueira era desenvolvida sem nenhum acompanhamento ou orientação, os ribeirinhos praticavam a atividade da pesca artesanal para sobreviver, o pescado servia de alimento para sua mesa e também para revenda, tanto no município como nas cidades circunvizinhas.

A partir da fundação da colônia, que ocorreu em setembro de 2005, as pessoas que trabalhavam na pesca, dentro do município, puderam associar-se, receberam carteira de pescador e hoje exercem uma atividade reconhecida legalmente e são conhecidos como pescadores profissionais.

Quando fundada, a colônia passou a gerenciar a atividade da pesca artesanal já desenvolvida na cidade. Esse gerenciamento se deu por meio de estatuto próprio, o qual prever toda a forma de funcionamento e gestão da organização.

Os associados manifestaram satisfação quanto à implantação da colônia. Através dos formulários, foi possível identificar que a atividade melhorou, houve aumento na renda e expansão da atividade. Percebe-se que a comunidade de pescadores possui uma associação, permitindo que haja uma estrutura organizacional na localidade.

Dados da Firjan - IFDM – Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal, identificaram que a renda e o emprego do Município de Praia Norte/TO nos 05 (cinco) anos após a fundação da colônia Z-26 apresentaram crescimento de 32%.

Assim, percebe-se que a implantação da colônia trouxe melhorias significativas para o desenvolvimento da pesca artesanal que já era desenvolvida, bem como, apresentou melhorias econômicas.

Referências

MORAES, Sérgio Cardoso. **Colônias de Pescadores e a Luta Pela Cidadania**. Bragança: Mestrando em Educação na UFRN, 2018.

MALDONADO, Fabiana; DOS SANTOS, Antônio Carlos. Cooperativas de pescadores artesanais: uma análise sob a perspectiva teórica. **Organizações Rurais & Agroindustriais**, vol. 8, núm. 3, 2006, pp. 323-333 Universidade Federal de Lavras Minas Gerais, Brasil. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87880304>. Acesso em 03 de junho de 2019.

BRASIL. LEI Nº 11.958, DE 26 DE JUNHO DE 2009. Altera as Leis nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, e 10.683, de 28 de maio de 2003; dispõe sobre a **transformação da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República em Ministério da Pesca e Aquicultura; cria cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Gratificações de Representação da Presidência da República; e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11958.htm Acesso em 20 de junho 2019.

BRASIL. LEI Nº 13.844, DE 18 DE JUNHO DE 2019. **Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm Acesso em 20 de junho 2019.

BRASIL. LEI Nº 11.959, DE 29 DE JUNHO DE 2009. Dispõe sobre a **Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, regula as atividades pesqueiras**, revoga a Lei no 7.679, de 23 de novembro de 1988, e dispositivos do Decreto-Lei no 221, de 28 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11959.htm Acesso em 20 de junho 2019.

TSAKANIKA, Aikaterini; CLAUZET, Mariana; MAY, Peter Herman. **Envolvendo os pescadores artesanais no desenvolvimento sustentável urbano e periurbano no Brasil. Revibec: revista de la Red Iberoamericana de Economía Ecológica**, v. 28, p. 0001-20, 2018. Disponível em: < Disponível em: <<http://www.enan-pege.ggf.br/2015/anais/arquivos/21/567.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2019>. Acesso em: 10 de junho de 2019

VELLOSO, V. F. 2014, A interação de tecnologias da informação e comunicação no alinhamento das melhores práticas empresariais.

RAMIRES, Milena; BARRELLA, Walter; ESTEVES, Andréia Martucci. **Caracterização Da Pesca Artesanal E O Conhecimento Pesqueiro Local No Vale Do Ribeira E Litoral Sul De São Paulo. Revista Ceciliana** Jun 4(1): 37-43. 2012. Disponível em: <http://sites.unisanta.br/revistaceciliana/edicao_07/1-2012-37-43.pdf> Acesso em 10 de maio de 2018.

CARDOSO, Eduardo Schiavone. Trabalho e pesca: apontamentos para a investigação. **PEGADA-A Revista da Geografia do Trabalho**, v. 10, n. 2, 2009. Disponível em: <http://revista.fct.unesp.br/index.php/pegada/article/view/1698>. Acesso em 03 de junho de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 30 de abril de 2018

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS). 2018. **Instituto Nacional do Seguro Social**. Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/>>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

WILLERS, Ednilse Maria. **Estratégia de desenvolvimento econômico: do regional ao local**. In: Economia e desenvolvimento regional, Lucir Reinaldo Alves (Org.). Foz do Iguaçu, PR: Ed. Parque Itaipú, 2016.

LIMA, Monalita Correia. Monografia: **a engenharia da produção acadêmica**. 2.ed.rev. e atualidade – São Paulo: Saraiva, 2008.

MAIORKI, G.J.; DALLABRIDA, V.R. A indicação geográfica de produtos: um estudo sobre sua contribuição econômica no desenvolvimento territorial. **INTERAÇÕES**, Campo Grande, v. 16, n. 1, p. 13-25, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.sci-elo.br/pdf/inter/v16n1/1518-7012-inter-16-01-0013.pdf>. Acesso em 13 de janeiro de 2020.

LEAL, Kamila Soares et al. OS IMPACTOS PERCEBIDOS NA RENDA DO MUNICÍPIO DE PRAIA NORTE/TO APÓS A IMPLANTAÇÃO DA COLÔNIA DE PESCADORES Z-26. **Humanidades & Inovação**, v. 5, n. 6, p. 330-339, 2018.

CIDADE BRASIL. Município de Praia Norte. 02 Maio 2019. Disponível em: Município de Praia Norte. Acesso em 20 de junho de 2019.

COLÔNIA DE PESCADORES Z-26. **Estatuto da Colônia de Pescadores Z - 26**. Praia Norte/TO. 2010.

ALVES, Marco Antonio; FARRANHA, Ana Cláudia. Mecanismos de controle econômico e social para o Programa Seguro-Desemprego Pescador Artesanal. **Revista Avaliação de Políticas Públicas-AVAL**, v. 2, n. 14, 2016. Disponível em: <http://www.avalrevisa.ufc.br/index.php/revistaaval/article/view/34>. Acesso em 13 out 2019.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Consulta de benefícios [online]. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/beneficios>. Acesso em 03 out 2019.

GOULARTI FILHO, Alcides. Da Sudepe à criação da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca: as políticas públicas voltadas às atividades pesqueiras no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 49, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/763>. Acesso em 03 de junho de 2019.

LIMA, Maria Alice Leite; DORIA, Carolina Rodrigues da Costa; FREITAS, Carlos Edwar de Carvalho. Pescarias artesanais em comunidades ribeirinhas na Amazônia brasileira: perfil socioeconômico, conflitos e cenário da atividade. **Ambiente & Sociedade**, v. 15, n. 2, p. 73-90, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-753X2012000200005&script=sci_arttext. Acesso em: 10 de junho de 2019.

SILVA-JUNIOR, Antonio Rodrigues; RODRIGUES, Suzi Carolina Moraes; CARVALHO, André Cutrim. Pesca predatória do mapará (*Hypophthalmus spp.*) no município de Limoeiro do Ajuru (PA) e Educação Ambiental como instrumento mediador de interesses e conflitos. **Revista Brasileira de Educação Ambiental (RevBEA)**, v. 14, n. 1, p. 81-100, 2019. Disponível em: <https://ri.ufs.br/handle/riufs/7326>. Acesso em: 15 out 2019.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org