Reitor
Edson Machado de Sousa Filho

Vice-Reitor
Luis Cláudio Costa

Pró-Reitora Acadêmica
Regina Maria Tombini

Coordenadora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito
Any Ávila Assunção

Editores
Any Ávila Assunção
Miguel Ivân Mendonça Carneiro

Conselho Editorial
Alexandre de Souza Agra Belmonte - IESB
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy - IESB
Augusto César Leite de Carvalho - IESB
Diogo Palau Flores dos Santos - IESB
Douglas Alencar Rodrigues – IESB
Neide Terezinha Malard – IESB
Paulo José Leite de Farias – IESB
Ulisses Borges de Resende - IESB

Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB
Curso de Direito - Campus Norte Giovanina Rímoli
SGAN 609, Conjunto D, Av. L2 Norte, Asa Norte
CEP 70.850-090 Brasília DF
(61) 3340-9828

ÍNDICE

RODRIGO SILVA DAS CHAGAS
Professora orientadora Ma. Luciana Lombas Belmonte Amaral
*OS JUIZADOS ESPECIAIS COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA: a visão do jurisdicionado do Centro Judiciário de Solução de Conflitos da cidade de Ceilândia/DF.....**05***

LUANA NERY MORAES
Professora orientadora: Ma. Áurea Bezerra de Medeiros
*A PERSPECTIVA DE ESTUDANTES DE ENSINO MÉDIO DE UMA ESCOLA PÚBLICA DE CEILÂNDIA SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA E PROTEÇÃO À MULHER.....**62***

HELEN JOSIE SANTOS AMARAL
Professor orientador: Esp. Wilson Bandeira
*USO DE ALGEMAS: CONSTRANGIMENTO ILEGAL OU GARANTIA A SEGURANÇA?.....**82***

FERNANDA ELOÍSE SOUSA NOGUEIRA DE CARVALHO
Professor orientador: Me. Gleidson Bomfim da Cruz
*O PRINCÍPIO DA IRRECORRIBILIDADE IMEDIATA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ART. 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....**106***

CLAILTON ALBERTO RODRIGUES
Professor orientador: Me. Igor Rodrigues Britto
*A INEFICÁCIA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EM RELAÇÃO A RESSOCIALIZAÇÃO DO MENOR INFRATOR.....**166***

RANY FERREIRA DA CONCEIÇÃO
Professora orientadora Ma. Áurea Bezerra de Medeiros
*A PROMOÇÃO DE DIREITOS DA PESSOA EM SITUAÇÃO DE RUA: EXPERIÊNCIA NO DISTRITO FEDERAL.....**214***

PEDRO HENRIQUE DA SILVA
Professora orientadora Ma. Dark' Ane Mendes Teixeira
*DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DE SUAS COLISÕES E O RESPEITO AO NÚCLEO ESSENCIAL NAS RESTRIÇÕES.....**275***

FILIPE DE ALMEIDA BATISTA
Professora orientadora: Ma. Jane de Almeida
*APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....**315***

ISABELA PRÍNCIA ROCHA QUINTÃO
Professora orientadora: Ma. Sandra Oliveira de Almeida
A MATERNIDADE NO CÁRCERE:
*os direitos das gestantes e lactantes no ordenamento jurídico brasileiro.....**366***

CINTHIA ALVES SILVA
Professor orientador: Me. Fabrício Ramos
O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4983: A VAQUEJADA.....***417***

JOÃO PAULO SARAIVA MARTINS CABRAL
Professora orientadora: Ma. Áurea Bezerra de Medeiros
*A INCONSTITUCIONALIDADE NA VEDAÇÃO A ESCOLHA DE REGIME DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS.....**462***

JENNIFER KAROLINE FERREIRA DE REZENDE
Professora orientadora: Esp. Bruna Daniela Côrte Real
*A EDUCAÇÃO ENQUANTO DIREITO SOCIAL: UMA ANÁLISE COMPARADA: BRASIL E CORÉIA DO SUL.....**491***

MÁRCIA MARIA CARNEIRO SOARES
Professor orientador: Me. Rogério Oliveira Anderson.
*O PODER CAUTELAR DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....**548***

RODRIGO SILVA DAS CHAGAS

OS JUIZADOS ESPECIAIS COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA: a visão do jurisdicionado do Centro Judiciário de Solução de Conflitos da cidade de Ceilândia/DF

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília.

Orientadora: Profa. Me. Luciana Lombas Belmonte Amaral.

Brasília/DF
2020/1

RESUMO

O trabalho de conclusão de curso terá como enfoque o Acesso à Justiça, através do Poder Judiciário, especialmente quanto à Lei n.º 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Tem como objetivo geral estudar como se dá o acesso à justiça e os seus significados perante o sujeito de direito no âmbito do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da circunscrição de Ceilândia. Em relação aos objetivos específicos será abordado: a) conhecer a história, os princípios e demais características dos Juizados Especiais no Brasil; b) investigar as formas de acesso à justiça na doutrina e na teoria do direito no âmbito constitucional e no âmbito internacional; c) realizar pesquisa de campo com sujeitos participantes do sistema jurisdicional, no que concerne ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Ceilândia, na esfera de sua atuação relacionada aos Juizados Especiais Cíveis. O presente estudo se mostra relevante para elucidar o conceito do que vem a ser o acesso à justiça na sociedade atual, refletindo-se sobre eventuais barreiras entre a justiça, ou seja, o Poder Judiciário e a parte da sociedade de certa forma mais desprovida tanto no caráter financeiro, como o no intelectual, fazendo com que a justiça seja efetivamente feita de modo igualitário para todos os que a procuram. Este trabalho foi desenvolvido considerando, principalmente, a pesquisa de campo com a realização de quatro entrevistas semiestruturadas, do questionário socioeconômico e da observação participante, técnicas metodológicas voltadas a compreender a percepção dos sujeitos sobre o acesso à justiça no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Ceilândia.

Palavras Chaves: Acesso à Justiça. Poder Judiciário. Juizados Especiais. Audiência.

ABSTRACT

The course conclusion work will focus on Access to Justice, through the Judiciary, especially regarding Law No. 9,099 / 95, which provides for Special Civil and Criminal Courts. Its general objective is to study how access to justice and its meanings are given to the subject of law within the scope of the Judicial Center for Conflict Resolution and Citizenship of the Ceilândia district. In relation to the specific objectives, it will be addressed: a) to know the history, principles and other characteristics of the Special Courts in Brazil; b) investigate ways of accessing justice in legal doctrine and theory at the constitutional and international levels; c) conduct field research with subjects participating in the jurisdictional system, with regard to the Judicial Center for the Resolution of Conflicts and Citizenship in the city of Ceilândia, within the scope of its activities related to the Special Civil Courts. This study is relevant to elucidate the concept of what access to justice is in today's society, reflecting on possible barriers between justice, that is, the Judiciary and the part of society that is somewhat more deprived both in the financial, as in the intellectual, character, making that justice is effectively done in an equal way for all who seek it. This work was developed considering, mainly, the field research with the accomplishment of four semi-structured interviews, of the socioeconomic questionnaire and of the participant observation, methodological techniques aimed at understanding the perception of the subjects about the access to justice in the Judicial Center of Conflict Resolution and Citizenship of the city of Ceilândia.

Keywords: Access to Justice. Judicial power. Special Courts. Court hearing.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO8
2. A ORIGEM DOS JUIZADOS ESPECIAIS NO BRASIL12
2.1 Surgimento e implementação12
2.2 Estrutura, características e procedimentos.15
2.3 Os princípios norteadores20
3. FORMAS DE ACESSO À JUSTIÇA NA DOUTRINA E NA TEORIA DO DIREITO25
3.1 A Constituição Federal e o Acesso à Justiça.25
3.1.1 Acesso à Justiça e suas peculiaridades.27
3.2 O Acesso à Justiça no âmbito internacional.29
3.3 A Lei nº 9.099/95 e suas peculiaridades no acesso à justiça.33
4. PESQUISA DE CAMPO COM SUJEITOS VINCULADOS AO SISTEMA JUSRIDICIONAL DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA38
4.1 Sobre os sujeitos entrevistados 39
4.2 A criação e a estrutura dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e a Instauração deste no Fórum Desembargador José Manoel Coelho na cidade de Ceilândia42
4.3 O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Ceilândia no Distrito Federal, as regras pertinentes a sua rotina e os objetivos para com o jurisdicionado..43
4.4 A visão de acesso à justica e do conceito de Juizado Especial do sujeito inserido no sistema jusrisdicional.**49**
4.5 Efetivo acesso à justiça ou mera ferramenta governamental?47
4.6 Conceituando justiça após o ajuizamento de uma demanda49
CONSIDERAÇÕES FINAIS51
REFERÊNCIAS59
APÊNDICE A– ROTEIRO DAS ENTREVISTAS57
APÊNDICE B - TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO PARA ENTREVISTAS INDIVIDUAIS58
APENDICE C – QUESTIONÁRIO-SOCIO-ECONÔMICO-CULTURAL59

1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça, em pleno século XXI, ainda se mostra pouco comprendido e/ou insuficientemente concretizável perante significativa parte da população brasileira. O presente trabalho busca problematizar essa questão tendo como linha de pesquisa os direitos humanos: trabalho, família, cidadania e segurança pública.

A proposta de universalização do acesso à justiça no Brasil era, até algumas décadas atrás, considerada intangível para aqueles/as que não dispusessem de condições financeiras para arcar com os custos dos honorários advocatícios, bem como o pagamento das custas processuais. Situação esta que não foi muito modificada até a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 98, salienta que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, promovidos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Esse panorama começa a mudar com a edição da Lei n.º 7.244/1984, que regulamentava os Juizados Especiais de Pequenas Causas. Na década seguinte, seria publicada a Lei n.º 9.099/95, que, com vigência na atualidade, estabelece a competência e os procedimentos específicos desses órgãos do Judiciário que se mostram mais próximos à população, tendo como um dos seus objetivos centrais a celeridade e a desburocratização na resolução de conflitos cotidianos.

Diante de tais avanços normativos acerca da prestação jurisdicional, poder-se-ia concluir, de forma precipitada, que a Lei n.º 9.099/95 viabiliza uma plausível solução dos conflitos tidos como de baixa complexidade, tanto em relação aos valores pleiteados, como a matéria de direito ali tratada. Com a vigência da referida lei o Poder Judiciário se apresenta de uma forma mais acessível e mais clara para com o cidadão, para que assim problemas que antes eram deixados de lado ou até mesmo solucionado de uma forma não totalmente justa, passam a contar com um terceiro imparcial que através de técnicas pré – estabelecidas, expõem alternativas e possibilidades para solução do problema vigente.

Em razão disso, nesta monografia, busca-se problematizar a concretização e a universalidade desta forma de acesso à justiça. É possível afirmar que a/o cidadã/ão, diante de um problema ou conflito de interesses, obtém uma efetiva prestação jurisdicional em relação a sua demanda? Além disso, como se pode averiguar que uma

solução real ou uma resposta condizente ao seu problema será ofertada aos litigantes, diante da informalidade almejada na Lei n.º 9.099/95. São muitas as questões a serem tratadas, e reformuladas na relação existente entre a sociedade e a justiça. Como visto, podem-se visualizar diversas questões a serem respondidas quanto à concretização do acesso à justiça. Em que medida os juizados especiais constituem um elemento facilitador do acesso à justiça? Qual a função dos juizados especiais neste processo de acesso à justiça?

O direito fundamental ao acesso à justiça é um tema abordado em vários setores de uma sociedade, seja dentro da comunidade, seja nas repartições públicas e privadas, bem como no próprio poder judiciário. No entanto, verifica-se que ainda são necessárias mais discussões sobre o referido tema, haja vista que a Justiça, por muitas vezes, restringe-se apenas ao modelo até então consolidado, no qual o acesso dá-se apenas por meio de advogado e a disponibilidade de recursos financeiros.

Neste ponto, os Juizados Especiais trariam uma nova forma de acesso ao Poder Judiciário, a Lei n.º 9.099/95 prevê, em um dos seus enunciados, que o processo deve ser orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, princípios estes contidos no segundo artigo da referida lei.

Ao contrário da visão que em tempos passados se tinha com relação ao conceito de justiça, a possibilidade de percepção negativa quanto ao funcionamento desta, vem mudando como se percebe através da pesquisa realizada pelo CNJ, que reflete uma progressiva mudança da relação do usuário e o atendimento prestado pelos órgãos do Poder Judiciário. O mecanismo de acesso à justiça deve ser tratado de forma cuidadosa para com os profissionais do direito, bem como a todas as pessoas envolvidas no processo da busca para solução de conflitos de modo célere e acessível.

Por fim, diante desta ferramenta capaz de construir uma nova forma de resolução dos conflitos existentes, com uma participação mais ativa entre partes através de um contato direto destas com o julgador, gerando, assim, resultados positivos para com a lide levada ao Judiciário.

O trabalho tem como objetivo geral estudar como se dá o acesso à justiça e os seus significados perante o sujeito de direito no âmbito do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da circunscrição de Ceilândia-DF. Em relação aos objetivos específicos será abordado: a) conhecer o contexto histórico-normativo, os princípios e as

demais características dos Juizados Especiais no Brasil; b) investigar as formas de acesso à justiça na doutrina e na teoria do direito no âmbito constitucional e internacional; c) realizar pesquisa de campo com sujeitos destinatários do sistema jurisdicional, especificamente no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Ceilândia, na esfera de sua atuação relacionada aos Juizados Especiais Cíveis.

No tocante à metodologia empreendida, o presente estudo se baseou na pesquisa qualitativa, que buscou conhecer o universo de significados em torno do acesso à justiça a partir dos sujeitos envolvidos em demandas nos Juizados Especiais Cíveis.

Com relação à pesquisa qualitativa, Maria Cecília de Souza Minayo (2002) destaca que "no mundo dos significados das ações e relações humanas, um lado não perceptível e não captável em equações, médias e estáticas" (p. 20). A respeito da pertinência desse método ao estudo proposto, destaca-se que a pesquisa qualitativa se dirige a:

> um nível de realidade que não pode ser quantificado. Ou seja, ela trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis (MINAYO, 2002, p. 21).

O desenvolvimento do presente trabalho tem como ponto de partida a compreensão do surgimento dos juizados especiais e sua implementação, bem como abordará as formas de acesso à justiça, tanto no âmbito nacional, como internacional, e com relação à Lei n.º 9.099/95 suas características e peculiaridades serão destacadas. No terceiro capítulo, será apresentada a pesquisa de campo realizada com sujeitos vinculados ao Poder Judiciário, no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade, para que assim possamos refletir sobre a nova visão que o usuário possui com relação à prestação jurisdicional e ao conceito de justiça.

Por fim, para refletir sobre o objeto de estudo, foram realizadas entrevistas semiestruturadas com os sujeitos envolvidos com o processo judicial, vinculado ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Ceilândia - DF, através de procedimentos pré-estabelecidos, quais sejam: a) entrevista com quatro partes inseridas no sistema judiciário, sejam elas demandantes ou demandadas, por meio de um roteiro de dez perguntas e b) questionário socioeconômico, composto por vinte perguntas. Ademais, foram realizadas pesquisa bibliográfica, por meio de livros, artigos de diferentes fontes, bem como a análise documental da jurisprudência, doutrina e leis vigentes.

Este trabalho foi desenvolvido considerando, especialmente, a pesquisa de campo

com realização de entrevistas semiestruturadas, questionário socioeconômico e observação participante, técnicas metodológicas voltadas a compreender a percepção dos sujeitos sobre o acesso à justiça no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Ceilândia, tendo a observação participativa como um dos pontos a serem destacados, no que tange as perguntas realizadas, nas palavras de Lakatos e Marconi a observação participativa é uma técnica:

> A técnica de observação participativa ou assistemática, também denominada espontânea, informal e ordinária, simples, livre, ocasional e acidental, consiste em recolher e registrar os fatos da realidade sem que o pesquisador utilize meios técnicos especiais ou precise fazer perguntas diretas. É mais empregada em estudos exploratórios e não tem planejamento e controle previamente elaborados (LAKATOS; MARCONI, 2001, p. 192).

Diante do trecho acima, verifica-se que as entrevistas foram realizadas de uma forma dinâmica e flexível para que os achados da pesquisa refletissem a visão de mundo dos sujeitos no que tange à justiça e à prestação jurisdicional.

2. A ORIGEM DOS JUIZADOS ESPECIAIS NO BRASIL

Neste capítulo, pretende-se abordar os aspectos histórico-normativo dos Juizados Especiais no Brasil, ressaltando-se a sua origem, bem como estrutura, características e os princípios aplicáveis.

2.1 Surgimento e implementação

Tendo o surgimento dos Juizados Especiais como ponto inicial é necessário revisitar o surgimento dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem no ano de 1982, bem como com a aprovação da Lei nº 7.244 em 1984, que criou os Juizados de Pequenas Causas.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, surge um novo entendimento de justiça, sendo que esta passou por diversas mudanças para que assim possibilitasse uma nova visão de justiça e sociedade. Surge então um crescimento com relação à demanda por justiça, tanto por meio do Poder Judiciário como a solução de forma extrajudicial.

Uma grande parcela da sociedade não tem acesso ao Poder Judiciário para que possa resolver, ou obter uma efetiva resposta para a lide instaurada, isto leva o cidadão a deixar de recorrer à justiça para solução dos problemas e conflitos do seu cotidiano. Problemas que ocorrem a todo o momento em nossa sociedade que até então, eram se não houvesse uma solução entre as partes envolvidas, esquecidos e encerrados sem nenhuma solução ou reparação para com aquele indivíduo que teve sem bem danificado ou patrimônio abreviado.

Neste interim, a implementação dos Juizados Especiais, um forma de solução para os problemas ocorridos no seio de nossa sociedade, se deu com o surgimento dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem no Estado do Rio Grande do Sul, onde foi instalado o chamado "Conselho de Conciliação e Arbitragem", ponto aqui que merece destaque seria a chamada arbitragem como bem conceitua, jurista Thiago Rodovalho (2015), termo este primordialmente usado nos conselhos de conciliação.

> A arbitragem é um método de solução extrajudicial de conflitos. Assim, podemos conceituar a arbitragem como sendo o processo através do qual a controvérsia existente entre as partes é decidida por terceiro ou terceiros

> (árbitros) imparciais, e não pelo Poder Judiciário (juízes). Esses terceiros imparciais são indiciados pelas próprias partes ou indicados na forma por elas desejada (por uma instituição por exemplo). A arbitragem é, assim, um exercício da própria liberdade das partes que podem escolher como desejam que a controvérsia seja decidida, se de forma judicial (juízes) ou de forma privada (árbitros) (RODOVALHO, 2015, p. 10).

Diante de tal conceito, existe uma forma de solucionar os conflitos ou problemas da sociedade fora do Judiciário, havendo assim uma possível solução sem que se tenha que contratar um advogado, bem como seja necessário custear as custas processuais e, ainda, no decorrer do processo, o pagamento de eventuais honorários advocatícios.

No que concerne à possível afinidade entre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e aos pressupostos de acesso à justiça, Silvana Campo Moraes ressalta que "A impossibilidade prática do Acesso à Justiça, nos conflitos de interesses, nas causas de pequeno valor econômico e a resolução de lides era uma preocupação constante, e gerou a necessidade da formação do Juizado de pequenas causas" (MORAES, 1998, P.47). Como muito bem destaca a referida autora em sua obra.

> Essa necessidade social foi satisfeita pela Lei número 7.244, de 07.11.84, dos Juizados de Pequenas Causas, aprimorada uma década após pela Lei número 9.099 de 26.09.95 que entrou em 27.11.95, passando a chamar Juizados Especiais Cíveis e Criminais. O sistema anterior foi mantido e a nova lei ampliou substancialmente sua competência estendendo o valor das causas para até 40 salários mínimos, definiu regras concernentes à execução, tanto das sentenças quanto dos títulos extrajudiciais, e, ainda, introduziu o Criminal (MORAES, 1998, p.47-48).

No ano de 1984, foi instituída a Lei n.º 7.244/84, conhecida como a lei dos Juizados e Pequenas Causas, momento este que evidencia um grande passo em direção a uma maior amplitude ao acesso à justiça. Este instituto (Juizados) teve como base o denominado *Small Claims Courts* de Origem Americana, ponto este que será devidamente abordado ao longo do presente trabalho. (LAGRASTA NETO, 1998)

Ademais, com a criação dos Juizados e Pequenas Causas, houve uma possibilidade de resolução dos litígios pudessem ser solucionados com o amparo do Poder Judiciário, para que assim uma maior parcela da população fosse abrangida por esta nova esfera da justiça.

Um ponto a ser destacado foi uma inovação trazida com a entrada em vigor da Lei n.º 7.244/84, em que a figura do advogado, até então, peça fundamental de acesso à justiça, passa a ser uma peça dispensável no que tange tal procedimento. Todavia, este profissional do direito e de suma importância para uma melhor resolução das lides

instauradas junto ao Poder Judiciário, como muito bem pontua Fernando Dorfmann:

> (...) a indevida dispensa do Advogado na administração da Justiça, decorreu, alhures, de um período autoritário, de exceção, de tal sorte que num regime dito democrático, não se pode acolher como razoável o alijamento do profissional em virtude dos flagrantes prejuízos que poderiam advir da deficiente exposição do pedido por parte do lesado, de par com o que, ressaltam-se prejuízos maiores sofreria o réu, visto não apresentar, por desconhecer as Leis e o Direito, condições de esboçar uma defesa compatível e própria para o caso concreto (DORFMANN, 1989, p 29).

A partir da vigência da Lei n.º 7.244/84, a forma de solução dos conflitos passa a ter como principal ferramenta o termo chamado "conciliação", sendo esta uma ferramenta inestimável para com a proposta dos Juizados de Pequenas Causas. Tal método e utilizado incansavelmente no âmbito dos Juizados Especiais, aplicando a letra da lei em sentido estrito, no que se refere à conciliação (GRINOVER, 1988).

Um ponto a ser destacado com a implementação dos Juizados Especiais, foi uma forma de aproximar o Poder Judiciário ao o cidadão, ou seja, uma possível aproximação entre o Judiciário e o Jurisdicionado, através de uma linguagem mais simples e objetiva.

Neste novo conceito de resolução de conflitos, no ano de 1995, mais precisamente no dia 26 de setembro, foi promulgada a Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, neste contexto houve uma melhor divisão para com as causas tidas como de menor complexidade, havendo com vigência da referida lei uma separação entre as causas cíveis e criminais, até então ambas as situações eram tratada de forma conjunta. Sobre este assunto, Pedro Manoel Abreu (2004) enfatiza que:

> A criação dos Juizados de pequenas causas, no Brasil, representou a recuperação histórica de experiências consolidadas no período colonial republicano, inseridas num contexto mais amplo da formatação do Estado brasileiro e de nossa cultura jurídica, política, social e econômica e no universo do movimento mundial por uma justiça democrática, mais acessível a todas as camadas populares (p. 173).

Mas a possibilidade de em determinadas situações a figura do advogado não ser obrigatória não se tornou concreto, pois a figura do advogado se fez presente à atuante no cotidiano desta nova forma de acesso à justiça. Ademais, como será devidamente abordado com a edição da Lei n.º 9.099/95, casos de valores superiores a 20 (vinte) salários mínimos ou mesmo de uma maior complexidade, demandaram essencialmente da participação deste profissional essencial para com a sociedade e a justiça.

A partir do ano de 1995, vislumbra-se uma nova forma se ter acesso à justiça, bem

como uma solução mais formal para problemas que antes eram deixados ao esquecimento ou até mesmo sendo solucionados de forma injusta de desleal, haja vista as diferenças existentes tanto na esfera cultural como financeira no Brasil da década de noventa.

Para o autor Pedro Manoel Abreu, esta nova modalidade de acesso ao Poder Judiciário foi uma enorme mudança para com aquele que busca solução para um litígio ou a reparação de dano de ordem matéria e moral:

> Apesar da superveniência desse modelo ter emergido no momento crítico da retomada da democracia política do país, tendo por fundamento a denominada Justiça coexistencial – baseada na conciliação, em critérios de igualdade social e distributiva e na participação de membros da comunidade diretamente interessada na controvérsia em questão, a experiência brasileira derivou de um movimento interno de auto reforma, concebido no âmbito do poder judiciário (ABREU, 2004. p. 173-174).

Ainda abordando o período anterior à Lei n.º 7.244/84 e Lei nº 9.099/95, o autor Pedro Manoel Abreu nos remete com acima exposto aos primórdios do surgimento desta forma de justiça. O surgimento dos Juizados emergiu da magistratura gaúcha, em uma tentativa de romper com a inércia do modelo de justiça adotado. Uma tentativa de transpassar as formas burocráticas, fato este aceito pela sociedade, pelos profissionais do direito e estados brasileiros.

Por fim, no que tange à origem dos Juizados Especiais, vale à pena destacar na obra de Pedro Manoel de Abreu:

> A Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984, dispondo sobre a criação e funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, foi portadora de uma proposta revolucionária muito mais profunda do que simples instituição de novo órgão no âmbito do Poder Judiciário. Em verdade o diploma em questão pretendeu ser o marco legislativo inaugural de um movimento ambicioso de revisão processual e de abalo estrutural de antigos hábitos enraizados na consciência dos operadores jurídicos e das práticas irracionais incompatíveis com a moderna concepção de uma jurisdição democrática (ABREU, 2004, p. 187).

Na década de 1980, surge uma proposta de um novo modelo de justiça, para que assim o rol de abrangência na solução de conflitos e uma revisão processual no Poder Judiciário fosse ampliada de forma gradual.

2.2 Estrutura, características e procedimentos

Após sua implantação, os Juizados Especiais passaram a possuir uma estrutura e regras delimitadas primeiramente na vigência da Lei da Lei n.º 7244/84 e, posteriormente,

com a promulgação da Lei n.º 9.099/95.

São órgãos do Poder Judiciário com finalidade para solucionar lides de menor complexidade. A legislação atualmente vigente prestigia uma prestação jurisdicional mais prática, sem a burocracia existente nas demais esferas do Poder Judiciário. A Lei n.º 9.090/95 trouxe uma ampliação no que se refere às causas de menor complexidade, tanto com relação ao mérito do problema, como no valor atribuído a causa, para que assim o acesso à justiça se desse de uma forma menos complexa, sendo que qualquer cidadão pode demandar nessa esfera da justiça, sendo este capaz e maior de 18 anos. Outro ponto a ser destacado é a possibilidade das empresas de pequeno porte (Microempreeendedor individual, Microempresas) poder pleitear nos Juizados Especiais, fato este de grande valia para com estes pequenos empresários.

No Sistema Judiciário do Brasil, existem problemas de ordem estrutural e históricas, que acabam gerando a chamada morosidade do sistema. Todavia, não é apenas colocar toda a responsabilidade no Poder Judiciário, pois são vários os fatores que levam e geram esta demora em atender o cidadão, como a carência de recursos matérias e humanos, a falta de autonomia, bem como a limitação estrutural para que possa chegar ou atender aquele que vivem nos arredores dos centros urbanos, segundo o autor Horácio Wanderlei Rodrigues. Sobre o assunto o citado autor destaca que:

> O despreparo intelectual do magistrado e a falta de conhecimento mais crítico do fenômeno jurídico leva-os muitas vezes a um conflito entre o que sentem e pensam e o Direito que têm de aplicar, induzindo o judiciário a dar respostas insuficientes ou equivocadas a muitos dos conflitos existentes ou emergentes e à crescente descrença da população na Justiça e no próprio Direito (Rodrigues, 1994, p. 63).

Um dos grandes benefícios trazidos pelos Juizados Especiais foi o chamado rito processual ali aplicado, além da solução rápida do problema, bem como a linguagem ali usada, vão de encontro à realidade da grande maioria da população brasileira.

Ademais, a conciliação e a mediação são ferramentas de grande valia nos Juizados Especiais, pois são vistos como acordos normativos e autorreguláveis como bem pontuado nas palavras de Wolkmer em seu livro Pluralismo Jurídico:

> A conciliação pode ser como prática judicial (instaurada a partir do processo) ou extrajudicial (alternativa para evita o processo estatal), mais ou menos formal, podendo ou não ser institucionalizada, capaz de mediar controvérsias entre partes antagônicas, conflitos e interesses e litigiosidade provenientes das relações de consumo (WOLKMER, 1994, p. 297-298).

Diante dos pontos acima levantados, qual seria a chamada ideologia dos Juizados

Especiais, expressão alcunhada pelo Min. Luiz Fux, um ponto importante seria a questão do tempo para a resposta ou solução de uma demanda ajuizada no Poder Judiciário, Luiz Fux em seu artigo a ideologia dos Juizados Especiais.

> A instituição dos juizados especiais revela a visão percuciente do legislador para as várias circunstâncias históricas influentes no fenômeno judicial. Afirmou-se em notável obra sobre a teoria geral do processo que o tempo é um inimigo contra o qual o juiz luta desesperadamente, no afã de dar a resposta judicial o mais rápido possível. Por outro lado, esse decurso natural do tempo do processo é entrevisto como um mal contemporâneo do processo na análise do binômio custo-duração. Os Juízes cumprem os ritualismos impostos pela lei e, com essa obediência procedimental, postergam no tempo a solução judicial substitutiva da vingança privada (FUX, 1997, p. 204).

Essa demora do Poder Judiciário para as partes envolvidas em um processo ou lide, mencionada pelo Ministro Luiz Fux, alerta o legislador e o próprio Judiciário para que novas legislações sejam elaboradas com o objetivo de atender ambas as partes, ou seja, a sociedade e julgador do litígio.

Destarte, nota-se que os anseios e as cobranças são grandes por todas as partes envolvidas da demanda judicial (cidadãos, advogados, magistrados, servidores), ansiando por uma desburocratização do direito, bem como do processo em geral, desejo este que foi de certa forma atendida com a criação dos chamados Juizados Especial, como pontua o Ministro Luiz Fux.

> Nesse sentido, percebeu o legislador a desigualdade econômica dos litigantes como barreira a esse acesso, estimulando-se soluções capazes de reduzir os custos, senão isentá-los, superando, quiçá, um dos, mas cruciais problemas da sociedade competitiva hodierna. As soluções caminham ora para a concessão de benefícios de exoneração inicial até o ponto alto da exoneração definitiva de custos, desde que aceita a decisão judicial, como técnica de prêmio, afastando-se da vetusta sucumbência desencorajadora. Acresce a tudo isso o tecnicismo do Direito, implicando a assistência custosa de profissionais especializados, acarretando por si só a desigualdade entre os litigantes melhor assistidos. Propugna-se, assim, pela possibilidade de atuar direto com a equalização engendrada pelo "ativismo judicial", onde o juiz se despe da posição de mero expectador do duelo entre as partes e assume posição de atuante protagonista no processo de formação do provimento jurisdicional (FUX, 1997, P. 206).

Esta forma de justiça como muito bem menciona o Ministro Luiz Fux, há uma aproximação entre o jurisdicionado e o operador do direito, seja o conciliador, seja o Magistrado.

O procedimento se inicia por meio do autor da demanda ou requerente como é chamado no contexto judicial, sendo que este se deslocará para o Tribunal de Justiça do

local enumerado no artigo 4º da Lei n.º 9.0900/95, que assim elenca um rol de opções para a parte demandante. Entre as opções, pode-se citar: I - do domicílio do réu ou, a critério do autor, do local onde aquele exerça atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório; II - do lugar onde a obrigação deva ser satisfeita; III - do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação de dano de qualquer natureza.

Diante de tais opções, a parte que se sente lesada detém de várias possibilidades para ingressar com a demanda judicial, como acima exposto. No rito adotado nos Juizados Especiais à informalidade dos atos, o contato direto das partes com o magistrado no momento da audiência, levam a muitos desfechos contrários ao que foi primeiramente almejado pela parte demandante quando início a demanda judicial. Ponto este que merece destaque dentro dos procedimentos adota nesta esfera judicial, pois o intuito não é punir ou indenizar, mas sim fazer justiça e dar acesso à justiça para aqueles que, por muitas vezes não possuem conhecimento jurídico para se expressar diante dos inúmeros termos e jargões usados no dia a dia do Poder Judiciário. Neste ponto, a audiência de conciliação realizada em todas as ações ajuizadas nesta esfera da justiça, funciona como um mecanismo de grande valia, para que a verdade seja esclarecida para ambas as partes.

Sendo que a audiência conciliatória e o primeiro momento das partes com o Poder Judiciário, após os tramite processuais iniciais de entrada do processo, esta é a primeira tentativa ou procedimento que o órgão julgador desempenha para tentar resolver a demanda ali pleiteada, como bem destaca Luiz Fernando Tomasi Keppen, a conciliação.

> (...) surgiu com a própria civilização organizada, tendo vigorado na antiguidade entre os sumérios, os gregos e posteriormente os romanos. Os Forais Portugueses apreviam de modo expresso, após vindo as Ordenações que sempre trataram do tema com relevada atenção. Já o Código de Processo Criminal do Império de Primeira Instância com Disposição Provisória Acerca da Administração da Justiça civil (Lei de 29 de novembro de 1832), em seu Título Único, expressa apego a conciliação, ao estabelecer a possibilidade de se recorrer ao Juiz de Paz para a solução do litígio. No Regulamento 737, de 1850, a tentativa de conciliação novamente aparece e é exigida antes da propositura da causa em procedimento contencioso. Mesmo após a proclamação da República o Regulamento manteve seu prestígio sendo recepcionado inclusive pela Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891, e alguns estados o mantiveram até a entrada em vigor do código de processo Civil e, 1939, Lei Nacional, que não recepcionou o instituto da conciliação (KEPPEN 1997, p. 112-120).

A sessão de conciliação é realizada em várias esferas da justiça comum, mas foi com a implantação dos Juizados Especiais que a conciliação foi integrada às rotinas judiciais, o poder judiciário coloca. Na sala de audiência o demandante e o demandado,

frete a frete a fim de se obtivesse uma solução para a lide ou menos os pontos obscuros no processo fossem esclarecidos. Para que assim caso não houvesse um acordo, o magistrado teria todas as provas elucidadas para aplicar o direito no caso concreto, fazendo assim a justiça entre as partes.

O procedimento acima exposto (sessão de conciliação) é conduzido por um conciliador, da vara onde processo distribuído, todavia atualmente foi criado um novo modelo, que está sendo posto em prática, através do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.

Ademais, caso não haja um acordo entre as partes, é designada uma nova audiência, junto ao magistrado, momento processual denominado de Audiência de Instrução e Julgamento. Na ocasião, o juiz de direito tentará novamente um acordo entre as partes, caso não obtenha êxito, irá coletar a defesa da parte requerida, bem como coletar a oitiva de testemunhas que porventura sejam acostadas nos autos ou que compareça espontaneamente a referida solenidade.

Durante a sessão de conciliação, são levantados diversos pontos, como a pacificação social, as vantagens de um acordo entre as partes, haja vista que em uma eventual sentença proferida pelo magistrado uma das partes poderá ficar mais onerada. Diante do exposto, e de grande importância este no rito desempenhando nos Juizados Especiais:

> Tendo em vista a intervenção do órgão estatal, a conciliação pode ser facultativa ou obrigatória. Na facultativa, a iniciativa é das partes, que o juiz recebe para homologar. Na obrigatória, o juiz tem a obrigação de propor, havendo nulidade do processo se a providência não for implementada. Considerando o momento da ocorrência, destacam-se a conciliação preventiva, que é a verificada antes da lide, com renúncia à demanda e a conciliação celebrada depois de instaurada a lide, pois é este o efeito da sentença que a homologa. No que concerne à natureza, pode ser judiciária ou jurisdicionalista, quando se verifica no curso do exercício da jurisdição, ou administrativa, quando atuada pelo juiz, é por ele efetivada no exercício de função administrativa, disciplinadora de interesses privados, a fim de manter sua aptidão de produzir efeitos jurídicos e a formar sua segurança (CENEVIVA, 1996, p. 377-378).

Um termo que se encaixaria dentro deste objetivo que é predominantemente desenvolvido nos ritos ocorridos nos Juizados Especiais, à sessão de conciliação, seria a autocomposição entre as partes, que, nas palavras de Fredie Didier Junior (2015) seria, “uma forma de solucionar o conflito pelo consentimento espontâneo de um dos

conflitantes em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio, sendo que pode ocorrer fora ou dentro do processo jurisdicional" (p. 201).

A transação realizada entre as partes e uma espécie de troca em que uma parte cede e outra também, para que assim consigam, muitas vezes por seus próprios atos, solucionarem a demanda ajuizada. O novo Código de Processo Civil têm um efetivo destaque para com a conciliação e a mediação para com a solução das demandas vigentes.

> Artigo 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. § 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais (BRASIL, 2015).

Como acima mencionado diversas são as ferramentas utilizadas na sessão de conciliação, para que assim as partes possam muitas vezes obterem a solução do litígio instaurado nesta oportunidade.

2.3 Os princípios norteadores

Para que fosse possível a criação desta forma de acesso à justiça, seria importante que houvesse certos parâmetros ou regras a serem seguidas, para que assim referida forma de acesso obtivesse êxito. Regras esta que são delineadas pelos chamados princípios a serem seguidos por todos os envolvidos no processo, conceitos este que estão elencados na Lei nº 9.099/95.

Os princípios estão presentes e regem as mais diversas normas e formas de estruturação de uma legislação, ou no campo da administração, sendo que a na lei atual que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais tem descrito em seu artigo segundo cinco princípios, todavia como dispõe Felippe Borring Rocha em seu livro Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais:

> Por certo, não se pode imaginar que esses cinco princípios possam esgotar o

> conjunto dogmático-principiológico da Lei no 9.099/95. Princípios como contraditório, fundamentação, devido processo legal e ampla defesa, dentre outros, têm aplicação cogente aos Juizados Especiais, não apenas pela determinação constitucional, mas também pela imposição lógica do ordenamento jurídico. O que ocorre é que os princípios arrolados no art. 2o formam um filtro que, envolvendo o sistema, permitem a passagem do que é compatível com seus institutos, dentro de uma lógica de ponderação de valores (ROCHA, 2016, p. 47).

Com relação aos Juizados Especiais os princípios terão uma grande importância no que tange a real abrangência desta esfera da justiça, junto à população socioeconômica menos favorecida. Na Lei nº 9.099/95 que atualmente dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em seu art. 2º salienta que "O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível à conciliação ou a transação" (BRASIL, 1995).

Diante do dispositivo acima citado, vislumbram-se os princípios que regerão os Juizados Especiais como um todo. Sendo que diante de tais conceitos verifica-se que no rito seguido nos Juizados Especiais, o Juiz terá uma maior liberdade ou porque não autonomia para que assim possa de forma mais justiça solucionar as demandas que lhe são trazidas.

Diante da Lei nº 9.099/95, que conceitua os princípios orientadores dos procedimentos adotados junto aos Juizados Especiais, os demais princípios processuais que abrangem as demais áreas dos direitos, estarão presentes e serão devidamente aplicados no cotidiano desta forma de acesso à justiça.

O primeiro princípio conceituado na Lei n.º 9.099/95 é o da oralidade, preceito que é significativamente utilizado no dia a dia dos Juizados Especiais. A oralidade está presente em diversos momentos durantes os ritos processuais seguidos e é uma forma de realização do ato processual, o que, anteriormente, era pouco adotado nos demais ramos do direito, ou seja, o modo verbal para a prática dos atos processuais. Nos demais ramos do direito, verifica-se que a oralidade não é amplamente utilizada, ao contrário dos Juizados Especiais, em que os atos devem em regra ser orais, ou seja, somente o mínimo necessário dever ser reduzido a termo.

Tal princípio detém uma substancial importância para com os procedimentos adotados nos Juizados Especiais, pois através deste há uma simplificação dos fatos, tendo

assim as partes um contato ou uma visão nova sobre a pessoa do magistrado. Tendo deste modo uma solução mais justa e racional e menos baseada em teses já preestabelecidas. Todavia, segundo as palavras de Paulo Lúcio Nogueira, "O princípio da oralidade não quer dizer propriamente que todos os atos sejam praticados oralmente, mas supõem outros subprincípios que implicam uma decisão concentrada, imediata, rápida e irrecorrível suas interlocutórias" (NOGUEIRA 1996, p. 8).

No tocante ao mesmo princípio, e de se destacar as palavras de Felippe Borring Rocha em sua obra Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais dos Juizados Especiais Cíveis, Estaduais e Federais.

> A oralidade é, seguramente, o princípio mais importante da Lei no 9.099/9559 e um dos mais importantes do sistema processual pátrio, 60 fruto do contraditório participativo. Um de seus maiores defensores, no período moderno, foi o italiano Giuseppe Chiovenda, que sempre lutou por um processo oral, ou seja, com a predominância da palavra falada sobre a palavra escrita. É preciso lembrar, no entanto, que para um processo ser oral não é necessário, nem desejável, abolir a forma escrita. Com efeito, processo oral é aquele que oferece às partes meios eficazes para praticarem os atos processuais através da palavra falada, ainda que esses atos tenham que ser registrados por escrito (ROCHA, 2016, p. 48).

Outro princípio disposto na lei ora analisada é o da simplicidade, defende este que os procedimentos nos Juizados Especiais devem de certa forma ser simples. Segundo Felippe Borring Rocha "a maioria da doutrina tem defendido que o princípio da simplicidade nada mais é do que um desdobramento do princípio da informalidade, do princípio da instrumentalidade ou da economia processual (ROCHA, 2016, p 50). Pois o Poder Judiciário como um todo e revestidos de normas e linguagens, bem peculiares ao seu universo, sendo que tal linguagem se encontra longe da realidade da grande massa da população brasileira. O formalismo não é rigorosamente adotado no universo dos Juizados.

De acordo com Felippe Borring Rocha, o princípio da simplicidade é visto como algo inédito no direito pátrio.

> Por mais paradoxal que seja, trata-se de tarefa extremamente complicada conceituar o princípio da simplicidade. Consoante, não há parâmetros anteriores na doutrina pátria ou alienígena, até onde se saiba, sobre esse princípio, que foi inserido sem qualquer justificativa no projeto de lei que deu origem à Lei no 7.244/84 (Lei dos Juizados de Pequenas Causas) e repetido na Lei no 9.099/95. Diante desse ineditismo, a maioria da doutrina tem defendido que o princípio da simplicidade nada mais é do que um desdobramento do princípio da informalidade, do princípio da instrumentalidade ou da economia

> processual. Data venia, mas tais afirmações não têm qualquer utilidade, pois dizer que uma coisa é desdobramento da outra acaba por lhe retirar a identidade. Se a simplicidade é, de fato, um desdobramento de outros princípios, não deveria ter sido arrolada como princípio autônomo. Desse modo, sabendo-se que a lei não deve ter palavras inúteis, é preciso estabelecer um sentido próprio ao princípio da simplicidade, paz de diferenciálo dos demais princípios constantes do art. 2º (ROCHA, 2016, p. 50).

Acertadamente, com apenas a abordagem desses dois critérios (termo constante na Lei nº 9.099/95), foi criada uma nova realidade de ser conversar ou de se aplicar o Direito no modo prático da vida em sociedade.

Outro ponto que merece acerca do princípio da simplicidade se refere não apenas aos procedimentos em regra adotados, mas também à linguagem empregada no cotidiano dos Juizados Especiais, ou seja, deve ser um vocabulário simples e acessível a todos que estão envolvidos nos trâmites processuais.

No que tange ao terceiro princípio conceituado na lei que rege os Juizados Especiais o princípio da informalidade. Conceito este que detém sua definição muita ampla como pontuado por Felippe Borring Rocha:

> ... a informalidade jurídica deve ser entendida como a falta de regras específicas sobre a forma de um fenômeno jurídico. Nesse sentido, o Direito brasileiro adotou a diretriz segundo a qual as manifestações de vontade não têm forma predeterminada, exceto quando a lei assim estabelecer (arts. 104, III, e 107 do CC e 188 do CPC/15). Não obstante, é inegável reconhecer que a cultura jurídica nacional é profundamente impregnada pela formalidade, muitas vezes gratuita e pernóstica. E o processo, como elemento integrante do universo cultural, não poderia ficar imune a isso (ROCHA, 2016, p. 51).

Tal critério tem como objetivo a desburocratização do direito, afastando o formalismo de certa forma em algumas áreas da justiça, sendo adotado em caráter muitas vezes exagerado, para com os objetivos da duração razoável do processo, destacado em nossa carta magna. De acordo com Felippe Borring Rocha, a informalidade:

> Pela expressão literal, informalidade é a qualidade daquilo que não tem forma, padrão ou estrutura. No Direito, entretanto, não se pode conceber um fenômeno jurídico despido integralmente de forma, pois é ela que delimita o seu conteúdo e o diferencia dos demais fenômenos. A forma representa, em última instância, a própria materialização de um fenômeno no mundo jurídico (ROCHA, 2016, p. 51).

Tendo como base os fundamentos da oralidade e da informalidade anteriormente mencionados, se conclui que tais critérios direcionarão a aplicação da Lei nº 9.099/95 em

quase todos os seus parâmetros, tendo com apoio as demais regras relacionadas na legislação vigente para com os Juizados Especiais.

O próximo princípio trazido pela lei em estudo é o da economia processual, conceito este que, preza primordialmente pela celeridade no andamento processual, ponto este que vai de encontro aos objetivos implícitos dos Juizados Especiais. Nas palavras de Felippe Borring Rocha, em sua obra Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais dos Juizados Especiais Cíveis, Estaduais e Federais, este destaca que a economia processual significa obter mais resultados com menos atividade processual, ou seja, o litígio pode ser resolvido em um tempo menor, trazendo assim uma rápida resposta para o jurisdicionado. O autor destaca que é preciso atribuir aos atos processuais a maior carga de efetividade possível, uma forma racional das atividades processuais. Neste sentindo a lei dos Juizados Especiais possuem em seus artigos diversas possibilidades para que se ponha o princípio da economia processual em prática.

Por fim, tem-se que o último critério elencado na Lei n.º 9.099/95, sem seu artigo 2º, o chamado princípio da celeridade, sendo que tal conceito prima pela rapidez nos atos processuais, sem deixar de lado a necessária segurança no decorrer no processo.

> O processo, em geral, no que tange ao seu andamento, deve se equilibrar sobre dois valores: rapidez e segurança. Quanto mais dilatado é um procedimento, mais profunda é a atividade cognitiva do julgador e maiores as possibilidades de intervenção das partes na construção da decisão final. Assim, pelo menos em tese, quanto mais durador for um processo, mais seguro ele será. Ocorre que, em grande parte das vezes, a demora, além de não produzir uma decisão mais correta, ainda coloca em risco o próprio bem jurídico deduzido em juízo. Diante desse dilema, surge o princípio da celeridade apregoando que, sempre que possível, os atos processuais devem ser praticados de forma a permitir uma atividade processual mais rápida (ROCHA, 2016, p. 52).

Tal anseio de rapidez e segurança de uma resposta a sua demanda não garante ou almeja a perfeição com relação às etapas que percorrem os processos, no entanto e uma límpida tentativa de se buscar resultados justos e mais céleres no Poder Judiciário.

3. FORMAS DE ACESSO À JUSTIÇA NA DOUTRINA E NA TEORIA DO DIREITO

No presente capítulo, serão verificadas as formas de acesso à justiça na doutrina e na teoria do direito no âmbito constitucional e no âmbito internacional, tendo como base de estudo Carta Magna vigente. Serão abordadas suas peculiaridades com relação a essa esfera da justiça, o cenário no âmbito do cenário internacional e as transformações a partir de uma nova visão do Poder Judiciário, com relação à Lei nº 9.099/95, serão trabalhadas.

.

3.1 A Constituição Federal e o Acesso à Justiça

O acesso à justiça nas constituições brasileiras não havia sido tratado com tamanha importância, como foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, levando esse instituto a um direito fundamental, amplamente reconhecido nos mais diferentes contextos seja ele nacional ou internacional.

Diante de tal conceito, acesso à justiça é visto como um direito fundamental surge então à dúvida, seria este um direito ou uma garantia fundamental, sendo que tais expressões não são sinônimas, direito é uma norma de conteúdo declaratório, por outro lado a garantia é uma norma de conteúdo assecuratório.

> O acesso à justiça é aqui estudado como direito fundamental. O artigo tem por escopo a conceituação dessa garantia e a identificação dos principais problemas que apresenta. Analisa a tutela dos direitos e oferece propostas visando aperfeiçoar o sistema de solução de controvérsias. Sustenta que a ordem jurídica justa é a que consagra os valores eleitos pela sociedade na Constituição e que a proteção jurisdicional aos direitos deve se harmonizar com os objetivos, valores e princípios constitucionais. Afirma que é necessário estimular os meios alternativos de solução de conflitos jurídicos, como a arbitragem, a mediação e a conciliação (PAROSKI, 2006, p. 225.)

O acesso à justiça pode ser visto como um pilar dos direitos fundamentais, pois é através de sua prática que surge a necessidade de se assegurar os demais direitos fundamentais quando violados. Para Cappelletti e Garth.

> A expressão 'acesso à justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo

(CAPPELLETTI, GARTH 2002, p. 8).

Em seu preâmbulo, a Constituição Federal de 1988 faz referência à segurança do exercício dos direitos sociais e individuais.

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

No decorrer de seu conteúdo, a Carta Política de 1988 se remete, em vários momentos, ao exercício de acesso à justiça. Esta garantia também é conhecida como o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, previsto no art. 5º, XXXV da CF de 1988.

> 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: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

Esse direito à justiça na história recente da humanidade vem recebendo destaque posto que, além de ser considerada uma garantia constitucional, é concebida como um direito humano. Como ressalta Uadi Lammêgo Bulos, o acesso à justiça no contexto constitucional é "difundir a mensagem de que todo homem, independente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade" (BULOS, 2007, p. 482).

Diante de tal afirmação, pressupõe-se que o acesso à justiça está preponderantemente relacionado com os princípios elencados em nossa Carta constitucional. Kildare Gonçalves Carvalho pontua que, com relação à garantia constitucional, "é a inafastabilidade ao acesso ao Judiciário, traduzida no monopólio da jurisdição, ou seja, havendo ameaça ou lesão de direito, não pode a lei impedir o acesso

ao Poder Judiciário" (CARVALHO, 2005. p. 460).

Para que a chamada duração razoável do processo, possa realmente ser aplicada no cotidiano forense, haverá a necessidade de uma atuação constante do legislador, do poder judiciário, bem como dos órgãos e classes atuantes junto à justiça, dentre elas a Ordem dos Advogados e as Defensorias Públicas estaduais e federais.

Outrossim, tanto os operadores do direito, quanto o cidadão deverão ter uma vigilância permanente para que tal direito seja concretizado. Segundo Cappelleti e Garth, as barreiras ao ingresso à justiça são mais presentes nas pequenas causas. "os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses" (CAPPELLETTI, GARTH 1988, p. 28).

3.1.1 Acesso à Justiça e suas peculiaridades

A expressão acesso à justiça nos dias atuais, tem se tornado mais límpido ou próximo do cidadão no que tange a resolução de um determinado cenário junto à justiça, situação que em tempos passados não seria tão palpável.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, é considerado um direito constitucional do cidadão, não podendo nem o legislador, nem o operador do direito, restringir tal garantia, ou seja, a segurança constitucional deve ser respeitada.

Termo em constante mutação e com não apenas um único significado a expressão acesso à justiça se atém a duas finalidades do sistema jurídico, sendo uma na qual as pessoas reivindicam seus direitos, para assim resolver os litígios instaurados, mas para que isto ocorra é necessário que o sistema judicial seja igualmente acessível a todos.

Como visto, os autores destacam que o acesso à justiça não apenas se dá pelo simples acesso ao Poder Judiciário, mas sim pelos resultados e reflexos que são obtidos para aquele que busca a justiça como uma forma de solucionar ou dirimir um prejuízo. Esta forma há uma evolução segundo Cappelletti e Garth em seu livro:

> O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo

> civil. Nos estados liberais "burgueses" dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse se um "direito natural", os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros (CAPPELLETTI, GARTH 1988. p. 9).

Devido à preocupação com pleno acesso, houve a criação de órgãos públicos capazes de pôr em prática tal objetivo. No entanto, mesmo diante de toda a legislação vigente e dos inúmeros estudos acerca desta esfera judicial, inúmeros são os obstáculos que advêm desta nova forma esfera da justiça.

De antemão, um dos principais obstáculos presentes na sociedade no que se refere o acesso à justiça é a chamada condição econômica. Custas judiciais, honorários advocatícios entre outras despesas por diversas ocasiões tornou o Estado representado pelo Poder Judiciário, como algo fora da realidade de muitos cidadãos brasileiros.

Por outro lado, há diversos cenários a serem considerados, um deles seria o conteúdo econômico reduzido, com relação ao valor da causa, que não será necessária a contratação de um patrono (advogado), para que a demanda seja solucionada. Neste sentido, Cappelletti e Garth salientam "que a relação entre os custos a serem enfrentados nas ações cresce na medida em que se reduz o valor da causa" (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 19).

Diante dos fatos acima expostos e verificado uma grande evolução atingida com este novo modelo de acesso ao poder judiciário, com a criação dos juizados especiais, em que a necessidade ou não de um advogado será delimitado pelo valor da causa, assunto este que será devidamente abordado em um momento oportuno do presente trabalho.

No ano de 1983, o Poder Executivo apresentou o projeto de Lei nº 1.950/83, dispondo sobre a criação dos juizados especiais de pequenas causas, neste contexto João Geraldo Piquet destaca:

> O tratamento processual inadequado das causas de reduzido valor econômico e consequente inaptidão do Judiciário atual para a solução barata e rápida desta espécie de controvérsia (...) A ausência de tratamento judicial adequado para as pequenas causas (...) afeta, em regra, gente humilde, desprovida de capacidade econômica para enfrentar os custos e a demora de uma demanda judicial. A garantia meramente formal de acesso ao Judiciário, sem que se criem as condições básicas para o efetivo exercício do direito de postular em juízo, não atende a um dos princípios basilares da democracia, que é o da

> proteção judiciária dos direitos individuais (WATANABE, 19985, p. 23).

É de salientar que este foi um dos primeiros passos para a formação de um novo conceito e uma nova forma de justiça, passos sabiamente seguidos com a promulgação da Lei nº 7.244/84, sendo que, já no ano de 1988, com a entrada em vigor da nossa atual Constituição, em fora de grande valia para com instauração desta, porque não dizer, justiça.

A Lei nº 9.099/95, até hoje vigente, mudou em diversos pontos imagem e forma de acesso ao Poder Judiciário por aqueles sujeitos desprovidos de uma condição financeira estável. No Estado democrático de Direito, as leis são criadas em prol do povo, para que assim possa atender os anseios do povo, o verdadeiro detentor do poder constituinte.

3.2 O Acesso à Justiça no âmbito internacional

Este direito a uma justiça mais célere, bem como à razoável duração do processo, estão intimamente ligadas, pois na verdade um complementa o outro. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), realizada no ano de 1969, preceitua em seu artigo 8.1 que:

> 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 (BRASIL, 1992).

A ideia da criação de uma nova sistemática de acesso à justiça teve seus antecedentes na década de 1980, período em que surgiu a intenção de implementar uma justiça mais próxima do cidadão, tanto em sua linguagem, como em suas formas de acesso ao Poder Judiciário.

Neste sentido a criação dos juizados especiais no Brasil, tiveram como parâmetro inicial os juizados de pequenas causas da cidade de Nova York, conhecidos como Small Claims Court. Mauro Cappelletti e Garth destacam que foi necessário ultrapassar as chamadas “ondas”, estabelecidas para o acesso à justiça, para que assim efetivamente a sociedade pudesse vislumbrar desta esfera da justiça. Os autores pontuam que, na verdade

foram três ondas, sendo que a primeira aquela voltada à assistência judiciária para os pobres.

> Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram- se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 31-32).

Na leitura de Cappelletti e Garth, as reformas ocorridas nas mais diversas partes do mundo se justificaram em razão das inúmeras falhas existentes nos programas de acesso à justiça. Sendo que um ponto a ser destacado neste momento é a chamada assistência judiciária, tema em constante evidência, tendo uma melhora significativa dos programas de assistência judiciária da maior parte do mundo contemporâneo, com o chamado Sistema *Judicare*.

> A maior realização das reformas na assistência judiciária na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental foi o apoio ao denominado sistema judicare. Trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade dos sistema judicare é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 35).

Tendo em vista que essa nova forma de assistência judiciária é apenas um ponto inicial nesta mudança de paradigma, a segunda onda acaba por se voltar à representação dos interesses difusos, também conhecidos como interesses coletivos, necessitando com isso que houvesse uma nova visão com relação ao processo civil:

> Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira "revolução" está-se desenvolvendo dentro do processo civil. (...) em primeiro lugar, com relação à legitimidade ativa, as reformas legislativas e importantes decisões dos tribunais estão cada vez mais permitindo que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos. Em segundo lugar, a proteção de tais interesses tornou necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos como a "citação" e o "direito de ser ouvido" (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 49-50).

Diante das duas ondas acima mencionadas, verifica-se uma emergente mudança com relação ao acesso à justiça para uma parcela na sociedade que acaba por ser excluída

das soluções e desfechos ocorridos no âmbito do Poder Judiciário, no cenário nacional e internacional. Em razão disso, advém uma terceira onda voltada ao acesso à representação em juízo, cuja finalidade se orientada para uma concepção mais ampla de acesso à justiça.

> O fato de reconhecermos a importância dessas reformas não deve impedir-nos de enxergar os seus limites. Sua preocupação é basicamente encontrar representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados. O novo enfoque de acesso à justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa "terceira onda" de reforma a inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mais vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 49-50).

Seguindo as reformas acimas mencionadas com intuito de alterar a forma de acesso ao Poder Judiciário, é concomitante a instauração do Estado Social, que tem como objetivo garantir uma maior amplitude de acesso aos seus serviços, para com os seus cidadãos, gerando, assim, diversas reformas em vários sentidos no que tange o acesso à justiça para com a sociedade.

Todavia, surge um problema com relação a essa assistência jurídica, pois a não remuneração dos patronos gerava uma grande ineficiência para com os serviços prestados. Nesse sentido, Cappelletti e Garth ressaltam que "o direito ao acesso foi, assim, reconhecido e se lhe deu algum suporte, mas o Estado não adotou qualquer atitude positiva para garanti-lo" (1988, p. 32).

No decorrer dessa transformação ocorrida no acesso ao Poder Judiciário e diante das falhas acima apresentadas, surge o chamado Sistema Judicare, "Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do sistema judicare é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 35).

Surge assim uma forma para que a demanda em apreço tenha uma atenção e dedicação do patrono de uma forma completa e continua. O sistema Judicare, foi adotado por diversos países na Europa, levando a outro nível a qualidade do serviço prestada por estes advogados patrocinados pelo Estado. Todavia, segundo Cappelletti e Garth, "a solução de manter equipes de advogados assalariados, senão for combinada com outras soluções, é também limitada em sua utilidade pelo fato de que (...) ela não pode garantir o auxílio jurídico como um direito" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 42-43).

Na década de 1930, surge, nos Estados Unidos da América, as chamadas *Small*

Claims Courts (Cortes das Pequenas Reclamações). No entanto, a eficácia destas cortes não trazem os resultados esperados, havendo uma reforma de tais cortes na década de 70, tendo suas características abaixo elencadas.

> "1) Competência – causas de valor inferior a US$ 1.000 em alguns Estados e a US$ 2.000 em outros. Há quem diga que esse limite deveria ser aumentado para US$ 3.000, de maneira a possibilitar a apreciação de litígios que envolvam bens de consumo duráveis, como os automóveis, por exemplo; (em alguns Estados, US$ 10.000); 2) Capacidade de estar em juízo – varia de Estado para Estado. Em alguns, o acesso à Small Claims Court (SCC) é vedado às empresas, ficando adstrito aos cidadãos; em outros permite-se o acesso de empresas, apesar de se temer que a SCC se transforme numa agência de cobrança em massa; 3) Acesso – para se propor uma ação perante uma SCC, somente é necessária uma pequena taxa, que será reembolsada pelo vencido, em razão da sucumbência. Para facilitar o acesso às SCCs, alguns Estados têm mantido o funcionamento noturno, bem como intérpretes de plantão para os porto-riquenhos e cubanos, principalmente em Nova Iorque e na Califórnia;4) Procedimento – o interessado se dirige à corte e narra os fatos, indicando as testemunhas e provas de que dispõe. O secretário preenche uma ficha com todos estes dados e marca o dia da audiência de instrução e julgamento. No mesmo ato, entrega ao reclamante carta de citação do reclamado, para que ele próprio providencie a entrega (inclusive mediante "AR"). Quando o reclamado recebe a citação, toma ciência do teor da reclamação, da data do julgamento, do valor da causa e fica advertido de que deve, desde logo, levar à audiência todas as provas que pretenda produzir. O tempo médio que decorre entre a propositura da ação e a audiência é de aproximadamente um mês, dependendo do Estado; 5) Advogado – as partes podem comparecer sem advogado, sendo que somente no Estado de Nova Iorque é que existe restrição mais ampla: quando a parte for uma empresa, esta deve se fazer representar por advogado, mesmo que a outra parte assim não proceda. As estatísticas mostram, contudo, que a participação do advogado não é relevante para a decisão da controvérsia, quando ele representa o demandado. A participação do advogado, no entanto, se mostra mais eficaz quando ele representa o reclamante, sendo que, quando isso ocorre, 91% das ações são julgadas procedentes. Não há previsão de obrigatoriedade de representação para ambos: 6) Execução – não há previsão procedimental para que o vencedor execute a sentença. Em muitos casos, a execução se torna muito difícil, uma vez que as custas podem ser elevadas, mas, em geral, são adiantadas pelo próprio interessado, com o auxílio do Sheriff, do Marshal, etc.; 7) Conciliação – ao início da audiência, as partes são aconselhadas a fazer um acordo. Assim, podem, desde logo, se dirigir ao juiz para que ele decida o litígio ou ratifique (homologue) o acordo, ou podem se dirigir também a uma sala ao lado, onde se submeterão à decisão do árbitro. Essa possibilidade de escolha, no entanto, só existe em Nova Iorque, sendo que 85% dos casos nesse Estado são resolvidos por arbitragem. Os árbitros não são remunerados e, geralmente, são advogados voluntários (LAGRASTA NETO, 1998 p. 36-37).

Diante de tais características, muitos pontos são recorrentes na atual legislação vigente no Brasil, tendo como referência a Lei nº 9.099/95, como valores das causas, procedimentos adotados, bem como atos e solenidades ocorridas no desenrolar do processo judicial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

3.3 A Lei nº 9.099/95 e suas peculiaridades no acesso à justiça

A criação e evolução dos juizados Especiais, como já abordado no presente estudo, representam uma grande mudança no paradigma para com o acesso à justiça com relação a uma grande parcela da população brasileira. A Lei nº 9.099/95 dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, adentrando em suas peculiaridades.

A Lei nº 9.099/95 é dividida da seguinte forma: Capítulo I, referente às Disposições Gerais; Capítulo II, disciplinando os Juizados Especiais Cíveis; Capítulo III, relativo às Disposições Gerais dos Juizados Especiais Criminais; Capítulo IV, tratando das Disposições Finais dos Juizados Criminais; e Capítulo V, denominado Das Disposições Finais Comuns.

Em um primeiro momento, houve uma mudança ocorrida com a promulgação da referida lei, no que tange à diferença distinção entre Juizados Especiais Cíveis e Juizados de Pequenas Causas, como bem pontua Ricardo Cunha Chimenti em seu livro Teoria e Prática dos Juizados Especiais.

> A Constituição Federal de 1988 ora trata do Juizado Especial de Pequenas Causas (art. 24, X, da CF), cuja criação, funcionamento e processo podem ser disciplinados em lei federal, estadual ou distrital (concorrentemente), ora trata dos Juizados Especiais para Causas Cíveis de menor complexidade e Infrações Penais de menor potencial ofensivo (art. 98, I, da CF), cuja criação compete à União (no Distrito Federal e nos territórios) e aos Estados-Membros (que concorrentemente legislarão tão somente sobre procedimentos em matéria processual) (CHIMENTI, 2012 p. 25).

Nesse conceito de justiça considerada de menor grau de complexidade, não somente o nome ou a forma de ser chamada foi alterado com a lei até hoje vigente, mas sim diversas características e pontos ao referido acesso à justiça foi modificado.

Em seu segundo artigo, a Lei nº 9.099/95, expõe os princípios que nortearam as bases e primícias desta lei, como a abordagem da competência em razão do valor da causa e da matéria nos Juizados Federais, dos Estados e do Distrito Federal.

Ponto este que merece destaque com relação às causas ou lides que serão tratadas no âmbito dos Juizados Especiais, haja vista que a referida lei não terá competência para tratar de certos temas trazidos ao judiciário em seu cotidiano.

> Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; II - as

> enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III - a ação de despejo para uso próprio; IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo. § 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução: I - dos seus julgados; II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei. § 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial. § 3º A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação (BRASIL, 1995).

No dispositivo acima citado, verificam-se os campos a serem tratados pelos Juizados Especiais, no que tange assunto e valor da causa, fato este que por um lado pode até certo ponto delimitar os cenários de competência da referida lei. Por outro lado, não se pode esquecer que a grande massa de problemas em que a parcela da sociedade com menor poder aquisitivo em nosso país, estará dentro da competência acima exposta. Com relação a esse assunto, Ricardo Cunha pontua que

> A Lei n. 9.099/95, por sua vez, dispõe que o Juizado Especial Cível dos Estados e do Distrito Federal tem competência para o julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas aquelas que preencham os requisitos previstos em seu art. 3º. Contudo, ora o legislador utiliza o valor da causa como critério de identificação das causas de menor complexidade (inciso I do art. 3º), ora apresenta a matéria como critério definidor (incisos II e III do art. 3º), ora mescla os dois critérios (inciso IV do art. 3º). Em razão exclusivamente do valor (ratione valoris), quer se trate de pedido principal, quer se trate de pedido contraposto, nos Juizados dos Estados e do Distrito Federal são aceitas as causas que não excedam a 40 vezes o salário mínimo (ou 20 salários mínimos se o autor estiver desacompanhado de advogado), facultando-se ao autor a renúncia ao valor excedente e às partes a conciliação sobre valor superior (CHIMENTI, 2012 p. 60).

Um ponto a ser destacado nas palavras de Ricardo Cunha acima citadas é de que haverá uma distinção em um primeiro momento com relação ao valor da causa, sendo que as demandas com os valores de até 20 (vinte) salários mínimos poderão ser julgadas e resolvidas junto ao Poder Judiciário, sem a obrigatoriedade da assistência de um advogado. Fato este que de certa forma derruba inúmeras barreias existentes entre os litigantes e a justiça.

Ao surgir está autonomia para com o cidadão houve uma significativa mudança para com o conceito real do acesso à justiça com relação ao uma parcela específica da população brasileira. Quanto a esses primeiros artigos da Lei nº 9.099/95, há diversas transformações ocorridas no cenário processual brasileiro, como conceituado por Oriana

Piske de Azevedo Magalhães Pinto.

> A Lei no 9.099/95, de 26 de setembro de 1995 produziu grandes transformações no panorama processual brasileiro. De um lado houve modificações importantes na tradição de mais de dez anos dos Juizados de Pequenas Causas, como a substituição da ideia de pequena causa por causas cíveis de menor complexidade; o aumento da alçada de vinte para quarenta salários mínimos; a extensão do rol das hipóteses de cabimento desse procedimento para as causas antes elencadas no artigo 275, II do CPC, ações de despejo para uso próprio e ações possessórias limitadas àquele valor de alçada; além de, principalmente, trazer a competência para o processo de execução ao próprio Juizado Especial, tanto dos seus próprios julgados como daqueles decorrentes de títulos executivos extrajudiciais (BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2008).

Este novo rito denominado sumaríssimo terá como condutores em todo seu decorrer alguns participantes primordiais dentro da justiça, sendo eles o Magistrado, os Conciliadores e os Juízes Leigos, sendo que estes são devidamente especificados no quinto artigo da Lei ora apreciada.

Uma diferença a se destacar é a liberdade com que o Juiz pode conduzir o processo, tanto em audiência, quanto na análise e prolação se decisões e sentenças, pois tal faculdade e referenciada pela Lei que rege os Juizados Especiais.

> No sistema do Juizado Especial, o juiz dirige o processo com ampla liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras da experiência comum ou técnica. A condução do processo, à semelhança do que se verifica nos processos criminais, deve ter por objetivo a verdade real e não a verdade formal. Conforme dita o art. 339 do CPC, "ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade". A norma, complementada pelo art. 341 do CPC, garante eficácia ao princípio da ampla liberdade do juiz na produção das provas, aproxima a Justiça da verdade real e resguarda a dignidade desta (CHIMENTI, 2012 p. 108).

Um princípio que é muito usado para elucidação e solução aos conflitos ora trazido para com esta esfera da justiça é o princípio do livre convencimento, preceito já anteriormente denominado do Código de Processo Civil, ampliando assim a liberdade do Juiz na condução do processo.

No oitavo artigo, um ponto primordial nesta legislação em apreço, no que tange as partes legitimam para comporem a lide a ser discutida no processo ajuizado junto ao Poder Judiciário. Sendo o referido artigo delimitou as partes quer mais necessitam de uma solução, pois nas demais esferas da justiça a não distinção das partes legitimas para certo rito, acaba acarretando um inchaço de demandas para com o cidadão. Abaixo um trecho

que muito bem retrata o cenário que acima mencionado: “No sistema dos Juizados Especiais, deve ser atendido o princípio do razoável e a máxima de experiência comum ou técnica, conforme permitido pelo art. 5º da Lei n.º 9.099/95, que admite ainda o julgamento por critérios de justiça e equanimidade e, portanto, sem que o juiz deva prender-se a critério de legalidade estrita” (Chimenti, 2012 p. 109).

No decorrer do estudo da Lei nº 9.099/95, haverá uma definição das fases que deverão ser seguidas no decorrer do processo, explanando os pontos a serem seguidos pelas partes, primeiramente pela parte demandante.

Na instauração do processo surge em um primeiro momento a petição inicial, diferença está com relação com as demais esferas da justiça, no que se relaciona que o próprio autor poderá ele mesmo redigir e peticionar a sua solicitação junto à justiça.

No universo existente nos Juizados Especiais, tanto cível como penal, um procedimento muito utilizado é a audiência, que pode ocorrer em até dois momentos distintos em um primeiro momento a audiência de conciliação e por designação do juiz será realizada a chamada audiência de instrução de julgamento. Todavia, nos casos concretos e nas estatísticas apontadas pelos órgãos vinculados com está seara judicial verifica-se que a audiência é considerada uma valiosa ferramenta do poder judiciário para solução dos processos então ajuizados, sendo através de acordos ou aclaramento de situações através da chamada prova oral. Cenário este que pode ser visualizado nas palavras do autor Ricardo Cunha Chimenti.

> Joel Dias Figueira Jr. e Mauricio A. R. Lopes bem sustentam que muitas vezes a sentença de mérito põe termo apenas à lide no plano do direito e nem sempre ou não necessariamente extingue o litígio dos contendores na órbita social. “Em contrapartida, o acordo firmado pelas partes traz ínsito em seu bojo a pressuposição de aceitação mútua a respeito de questões conflituosas existentes entre eles. Por isso, a composição amigável fortalece a pacificação social, compondo a lide e o conflito intersubjetivo de interesses em ambos os planos de verificação.” De fato, mediante concessões recíprocas, obtêm-se soluções que muitas vezes a própria sentença de mérito não poderia trazer, a exemplo daqueles que desejam solucionar uma dívida mas só conseguem fazê-lo mediante os parcelamentos de débitos frequentemente concedidos nas tentativas de conciliação (CHIMENTI, 2012 p. 194).

Após as sessões de audiências designadas pelo magistrado, caso se obtenha um resultado frutífero entre as partes, haverá a chamada sentença homologatória de acordo, no qual o termo de acordo ora confeccionado se tornará um título executivo. Com muito bem colocado por Ricardo da Cunha em seu livro, teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais: “Pressuposto jurídico da execução é a existência do título

líquido, certo e exigível. Pressuposto fático é a necessidade da coação estatal para que a obrigação seja cumprida" (CHIMENTI, 2012 p. 109).

Com as regras vigentes com relação aos Juizados Especiais, até que ponto tais procedimentos e soluções emanadas por esta justiça refletem ou trazem a resposta esperado pelas partes ali envolvidas? Assunto este que será abordado no capítulo seguinte, que apresentará a pesquisa de campo com sujeitos inseridos ao sistema jurisdicional do centro judiciário de solução de conflitos e cidadania da cidade de Ceilândia no Distrito Federal.

4. PESQUISA DE CAMPO COM SUJEITOS VINCULADOS AO SISTEMA JUSRIDICIONAL DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA

O conceito de acesso à justiça sofreu uma nítida mudança, bem como o modo em que é empregado na prática para com o Poder Judiciário nos dias atuais. Tal modificação foi necessária, tanto com relação ao jurisdicionado, ou seja, o cidadão que, por muitas vezes, não detêm de meio ou conhecimento capaz de por si só adentrar a justiça, como do próprio Poder Judiciário para que assim pudesse desempenhar seu papel de uma forma mais acessível. Neste Capítulo, buscou-se conhecer a situação atual do acesso à justiça, mais precisamente no fórum Desembargador José Manoel Coelho na cidade de Ceilândia no Distrito Federal, no recentemente instituído Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, para que assim se possa identificar e compreender que relação atual os Juizados Especiais tem com o cidadão que aguarda pela prestação judicial.

Todavia, para compreender o conceito de acesso à justiça foi de extrema importância à realização de pesquisa qualitativa que busca extrair um universo de significados (MINAYO, 2002) tendo por base o ponto de vista dos sujeitos que estão inseridos ou envolvidos com o campo da justiça e a forma de acesso a este que se propôs a estudar no presente trabalho.

Como forma metodológica foram realizadas 4 (quatro) entrevistas com partes de processos distintos, sendo que, entre os entrevistados, alguns estavam na posição de autores da demanda, ou seja, cidadãos que propuseram o processo acionando assim o Poder Judiciário, para que lhe traga uma resposta a lide estabelecida e outros na posição de requerido. Todas as partes e seus processos estão vinculados a vara em que fora distribuídos mediante sorteio no fórum Desembargador José Manoel Coelho na cidade de Ceilândia. A audiência de conciliação, ou seja, o primeiro ato processual será realizado no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do referido fórum. As entrevistas, de modalidade semiestruturada (MINAYO, 2002), foram conduzidas por um roteiro previamente elaborado contendo 10 (dez) perguntas (Apêndice A). Antes da realização dessas entrevistas, foram informados aos participantes sobre o sigilo de nomes e o interesse de realização de pesquisa de campo com o objetivo exclusivamente de aprendizagem, sendo-lhes entregue, na ocasião, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para Entrevistas Individuais – TCLE (Apêndice B).

Por fim, o questionário socioeconômico (Apêndice C) teve como objetivo primordial conhecer sobre o grau de escolaridade, atividade desempenhada, renda mensal familiar, entre outros pontos contidos no referido questionário. Essas informações são de suma importância para que se possa conhecer e constatar os sujeitos entrevistados, bem como o público que está inserido nessa forma esfera judicial.

Para resguardar a identidade dos entrevistados, este serão aqui tratado como "Requerente" e "Requerido". Na intenção de designar tais nomenclaturas e porque tais termos são usuais no meio jurídico, em que todos são tratados como partes, havendo unicamente a distinção entre eles nos termos acima citado, em outras palavras parte demandante e parte demandada no processo.

4.1 Sobre os sujeitos entrevistados

A entrevista com a Requerente 1 de 37 anos de idade, brasileira, casada, formada em letras, sendo que atualmente não trabalha. Atualmente exerce a função de mãe, possui duas filhas, e atividades do lar. A entrevista ocorreu no dia 02 de março de 2020, no turno matutino. O horário de atendimento das varas do fórum Desembargador José Manoel Coelho na cidade de Ceilândia se inicia às 12h e se encerra às 19h. Todavia, tanto no CEJUSC, quanto na Defensoria Pública instalada no fórum acima mencionado, são realizados os atendimentos aos cidadãos no turno matutino e vespertino, pois, anteriormente, a sua instalação,o as sessões de audiência de conciliação somente eram realizadas no turno vespertino. Há, portanto, uma significativa diminuição no tempo entre o ajuizamento da demanda no Poder Judiciário e a realização da audiência de conciliação.

A Requerente 1 se mostrou tranquila, mas ao mesmo tempo agitada, creio que devido ter sido sua primeira vez no âmbito da justiça. Em um primeiro momento, esclareceu que a demanda ajuizada versa sobre um contrato de aluguel da casa de seu genitor, ou seja, esclareceu que o imóvel não estava em seu nome todavia, o contrato de aluguel ora celebrado tinha ela como locatária.

Situação está comum hoje em dia no meio social ou judicial, em que as pessoas idosas muitas vezes, por falta de conhecimento, estrutura psicológica ou qualquer outro

motivo optam por não se inserir no contexto da esfera judicial.

> Pesquisador: O que trouxe a Sra. ao Poder Judiciário?
> Requerente 1: bem foi a questão de um problema com inquilino a gente tem um imóvel que a gente aluga, e ela começou a atrasar os aluguéis é conta de água, e aí eu pedi que ela saísse do imóvel... mas ela fez um acordo comigo queria me pagar o que estava em atraso, e aí ela ficou com essas pendências para ir pagando posteriormente depois que ela desocupou o imóvel.

A entrevista com o Requerente 2, de 53 anos, brasileiro, divorciado, militar aposentado, aconteceu no mesmo dia. Ele se apresentou descontraído no decorrer da entrevista, o Requerente 2 se revelou bastante à vontade com relação a situação de necessitar buscar a justiça para solucionar um problemas, todavia afirmou que somente a pouco tempo teve o conhecimento que poderia procurar a justiça sem o auxílio de um advogado. Ao contrário da experiência relata pela Requerente 1, o Requerente 2, informou que já procurou o Poder Judiciário por mais de uma vez. Acredita que, por ser uma pessoa muito comunicativa, sentiu-se apto ele próprio a resolver suas demandadas que porventura não ultrapassassem os 20 (vinte) salários mínimos.

Como já informado, nos Juizados Especiais, nas causas de até 20 (vinte) salários mínimos, não há obrigatoriedade de estar assistido por um advogado para o ajuizamento de uma demanda. No entanto, nas causas que ultrapassem este valor até o teto de 40 (quarenta) salários mínimos, a parte deverá necessariamente estar assistida por um advogado.

> Requerente 2: Eu vim fazer aqui foi procurar meus direitos né... eu aluguei imóveis para uma pessoa aí... e ela ficou me devendo aí... eu tô tentando a conciliação né... tenta resolver da melhor maneira possível que fique bom para mim e para ela.
> Pesquisador: Em alguma outra oportunidade o Sr. esteve ou procurou a justiça?
> Requerente 2: a (…) com certeza tenho alguns outros processos, aí alguns ativos resultados outros não né… tô até pensando em reativar alguns (…).

A entrevista com a Requerente 3, de 60 anos, casada, aposentada, ocorreu no dia 03 de março de 2020. Ela se mostrou tímida e tensa, provavelmente pelo assunto que fora tratar na justiça.

Dentre as várias atribuições que foram elencadas para os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, além das audiências de conciliação dos Juizados Especiais Cíveis, as varas de Família também estão realizando suas audiências de

conciliação no CEJUSC. Competência está preconizada na resolução 125 de 29 de novembro de 2010, fato que possibilita um maior quantitativo de audiência realizada.

> Pesquisador: O que trouxe a Sra. ao Poder Judiciário?
> Requerente 3: olha eu me separei aí... a gente resolveu fazer o divórcio, só que eu tentei fazer com que a gente fizesse, o divórcio na paz só que não conseguimos aí resolvemos entrar pelo litigioso.

Por fim, a entrevista com o Requerido 1, de 48 anos, brasileiro, divorciado, autônomo, ocorreu no dia 10 de março de 2020. Dentre os entrevistados, ele se mostrou pouco confortável com relação ao Poder Judiciário, pois a parte contrária ajuizou a ação com intuito de que este seja condenado a pagar um valor previamente estabelecido.

O Requerido 1 se mostrou bem desapontado com a "justiça" termo que usou por diversas vezes em sua entrevista, salientando que, nas oportunidades em que esteve no âmbito desta, não se sentiu devidamente atendido/amparado, ponto este de suma importância, pois ele acredita estar inserido em seus direitos como cidadão.

> Pesquisador: O que trouxe a o Sr. ao Poder Judiciário?
> Requerido1: nesse caso da que aconteceu foi por causa que eu peguei um serviço que ela gostava do meu serviço aí eu peguei e **falei que não tinha condições...** que eu trabalhava já era em outro local e trabalhava na parte da tarde e a noite. Aí **ela falou que queria que acompanhasse o serviço aí eu falei tudo bem pela amizade né...** que aí já tem o tanto serviço de trabalho mas é só que você não pode pagar o dinheiro todo que foi que eu expliquei para ela né... não podia pegar o dinheiro lá pelo menos até cinquenta por cento, porque se ele não fizesse aí eu ia dar um jeito de fazer mas ela... porque tem muita coisa que envolve a funcionar gasolina então ela tinha que travar o dinheiro. Depois ela falou que não precisava mais de mim porque ele dava conta. **Ele foi fazer um serviço pegar o dinheiro todinho** pegou o dinheiro e vendeu o material dela para o vizinho e **não fez o serviço correto...** aí ela me ligou para me informar né, algumas vezes... e que o galego vai falar mas você deu o dinheiro como é que eu vou fazer eu não posso ir trabalhar agora sem dinheiro aí ela pegou e colocou o serralheiro na justiça e depois eu. (grifo nosso)

Enfim, foi verificado que nem todos que estão inseridos no âmbito judicial vão deter a mesma e uniforme opinião com relação ao atendimento recebido, alguns por falta de conhecimento técnico necessário e outros devido às circunstâncias ou posição que foram inseridos na esfera judicial.

4.2 A criação e a estrutura dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e a Instauração deste no Fórum Desembargador José Manoel Coelho na cidade de Ceilândia

Este procedimento criado nos Juizados Especiais tem uma história recente em nosso ordenamento jurídico, ou seja, mais no ano de 2010 o Conselho Nacional de Justiça editou a resolução de nº 125, a qual dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Neste ínterim, essa resolução estabeleceu novas regras e formas que o próprio Poder Judiciário trataria a solução de conflitos ora pleiteados pelos jurisdicionados a este poder.

A resolução 125 de 29 de novembro de 2010 traz em seu texto a criação dos núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos, os quais deveriam ser criados em um prazo de 30 (trinta) dias após a promulgação da referida resolução pelo CNJ. Entre as atribuições designadas a estes núcleos de se destacar a função de desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, bem como a de planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas e instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Estes concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação s Juizados Especiais Cíveis, das Varas de Família e das Varas Cíveis.

No que tange à resolução 125, precisamente em seu artigo 8º, foi inserido o rol de áreas que serão abrangidas pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Os Centros Judiciários não irão atender somente as demandas trazidas ao Poder Judiciário relativas aos Juizados Especiais Cíveis, também serão abarcadas por estes as Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família e os Juizados Especiais Fazendários.

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania deverão ser instalados em fóruns dos respectivos tribunais onde haja mais de um juizado ou Vara no que tange as suas competências ora designadas, ou seja, tamanha a estrutura somente será instaurada em locais em que as demandas processuais sejam relativamente significativas.

Com a efetiva implantação dos Centros Judiciários como bem especificado no artigo quinto da resolução 125 do CNJ, haverá a participação de uma rede constituída por

todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, como universidades e instituições de ensino. Por questões de logísticas e administrativas, o prazo de 30 (trinta) dias ora designado não foi cumprido, somente no ano de 2014 teve início do programa a ser desenvolvido primeiramente no Núcleo de Práticas Jurídicas da Universidade Regional do Cariri como o nome de NUPEC (Núcleo Permanente de Conciliação). Atuando em um primeiro momento nas Varas de Família e Sucessões, vindo a ser chamado de Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.

No ano de 2015, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios publicou três portarias conjuntas de nº 9, 10,11 que criaram e estabeleceram as atribuições aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, da cidade satélite do Riacho Fundo, do Paranoá e de Ceilândia - DF.

As portarias ora publicadas dispõem que a realização de conciliações e mediações processuais e pré-processuais, a realização de mutirões, bem como a Semana Nacional de Conciliação realizada pelo Conselho Nacional de Justiça desde ano de 2006, cada Centro Judiciário possui um Juiz coordenador, para efetuar as supervisões necessárias no desenvolvimento dos trabalhos.

4.3 O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Ceilândia no Distrito Federal, as regras pertinentes a sua rotina e os objetivos para com o jurisdicionado

O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Ceilândia do Distrito Federal foi inaugurado no dia 22 de junho de 2015, estando localizado no primeiro andar do fórum dessa região administrativa. Esse órgão se limitava, no início dos seus trabalhos, ao atendimento nas audiências de conciliação dos Juizados Especiais Cíveis instalados no referido fórum.

Com a inauguração do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania no fórum cidade de Ceilândia, umas das primeiras mudanças que foi a não mais realização das audiências de conciliação pelos três juizados especiais cíveis existentes no fórum da cidade de Ceilândia. Anteriormente, havia uma concentração na função e realização de tais audiências, ou seja, cada vara era responsável por todos os atos que envolviam um processo que fosse, por sorteio, designado para a referida vara judicial.

Nas entrevistas realizadas, foi possível notar que os/as entrevistados/as tiveram pouco contato com a justiça, como a Requerente 1 que somente havia ido à justiça trabalhista para homologar uma rescisão contratual de uma irmã falecida.

> Pesquisador: Em alguma outra oportunidade a Sra. esteve ou procurou a justiça?
> Requerente 1: eu estive uma única vez mas foi na justiça trabalhista com meu sobrinho a mãe dele a minha irmã veio a falecer numa gestação... e aí a empresa que ela que ela trabalhava era até o ponto frio na época, ele só pagariam a rescisão dela os direitos que ela tinha perante a justiça não quis pagar direto com meu sobrinho aí nós tivemos que ir até lá para poder receber o que ela tinha junto ao ponto frio.... foi só para formalizar porque eles não queriam pagar diretamente, só pagavam se fosse perante a justiça.

Com relação ao Requerente 2, diante do trecho da entrevista anteriormente inserido, este relatou que havia procurado a justiça por algumas vezes. No que tange aos sujeitos Requerente 3 e Requerido 1, ao serem questionados sobre se já tiveram outra oportunidade de buscar a justiça, ambos se manifestaram:

> Requerente 3: sim eu tenho os tickets para receber do governo, e eu trabalhei 31 anos e o governo ficou um tempo sem pagar os tickets... aí eu... sindicato entrou na justiça só que o sindicato tinha meu nome lá depois do nada meu nome sumiu... aí arrumei um advogado para ver se eu consigo receber esses tickets é mas esse caso ainda não foi encerrado ainda não, já teve uma conciliação agora tô aguardando.
>
> Requerido1: a gente vai na justiça muitas vezes nem sabe que está sendo processada né... aparece uma intimação que fulano de tal não gostou de algum serviço mas muitas vezes aí foi bem feita e a gente não ia adivinhar que a pessoa ia botar. **Mas assim deu mesmo procurar com uma vez de um veículo e que o cara vendeu em meu nome para o comprei para o meu irmão.** (grifo nosso)

Para ser um conciliador que compõe o quadro do CEJUSC de Ceilândia, um dos critérios para se candidatar ao processo é estar cursando da faculdade do curso de direito. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios disponibiliza um curso para formação e capacitação de conciliadores, curso totalmente gratuito oferecido para aqueles que se dispõem a realizar sessões de conciliação no CEJUSC. Curso este que dará uma base para o futuro conciliador ou, ao menos, um norte para que assim possa desempenhar suas funções. Urge ressaltar que todo o trabalho realizado pelos conciliadores nas sessões de conciliação é supervisionado por um servidor efetivo do tribunal, que revisa as atas das audiências ora realizadas, para que, assim, seja possível evitar erros ou equívocos ocorridos pelos conciliadores durante a solenidade ocorrida.

No que concerne ao atendimento que foi realizado pelo CEJUSC, todos os

entrevistados se sentiram bem atendidos com relação às dependências, bem como as pessoas que ali estavam, sejam elas magistrados, servidores ou conciliadores. Mesmo e Requerido 1 que, de certa forma, mostrou-se descontente com a "justiça" em seu sentido literal, com relação ao atendimento recebido, sentiu-se de certa forma satisfeito.

> Pesquisador: O que a Sra achou do Tribunal e do local em que foi atendida, o CEJUSC?
> Requerido1: foi legal assim **o juiz ele teve muita atenção, conversou comigo e deu opinião dele, como pessoa né... que ele deu uma atenção 100% para o meu caso** e para todo mundo tanto é que ainda tive a oportunidade de **recorrer ao desembargador o que foi aonde eu conseguisse se livrar explicando a situação né...** que na hora lá do juiz então a batida e testa de frente mas as pessoas do que entender mas depois que foi estudado caso a ideia a coisa que fala que **eu tive absorção.** (grifo nosso)
>
> Requerente 1: **tranquilo...** foi a questão que eu tive com ela, para tratar tentando um acordo então assim eles tentam a melhor forma possível de resolver ali com você e a parte né... a como se diz tem até a questão do acordo que é feito ela, como pode pagar então foi tranquilo não tinha muita confusão, muito atrito com ela... era só questão que eu queria receber. (grifo nosso)
> Requerente 2: **eu sempre fui bem atendido né**... bem orientado né.. dentro do que é previsto ser orientado também na pesquisa dos processos, aqui eu não tenho nada a falar contra... eu só vejo uma demora assim na demanda algumas vezes a gente não sabe o endereço da pessoa a gente tá procurando e assim quase sempre nenhum seus processos que eu vim aqui que eu tentei eu vejo uma certa dificuldade de você conseguir receber da pessoa porque você que tem que ir atrás do endereço então quando você não tem ideia da pessoa tem certa dificuldade, mas eu isso que eu vou querer voltar aqui para saber direitinho você tem como requerer essas informações também para poder facilitar e chegar até a pessoa que deve, então duas vezes eu desanimo por isso porque no não tem um certo conhecimento mas às vezes que eu precisei eu fui atendido. (grifo nosso)
> Requerente 3: eu **achei ótima foi com muito respeito muito bem informal** e tipo a gente resolveu simplesmente ele não deu opinião e forçou nada, só mesmo aquele suporte para gente tentar fazer o acordo. (grifo nosso)

Com relação ao atendimento realizado no Centro de Solução de Conflitos, local onde ocorreram a solenidade de conciliação de nossos entrevistados, todos se demonstraram satisfeitos com relação à estrutura e à forma que foram tratadas enquanto se encontraram nas dependências do referido órgão judicial.

4.4 A visão de acesso à justica e do conceito de Juizado Especial do sujeito inserido no sistema jusrisdicional

Na visão da Requerente 1, a justiça seria uma forma de solucionar problemas, uma ferramenta para auxiliar e, muitas vezes, trazer resolução para a lide instaurada. Acredita-

se que a justiça é um meio para que assim possam acabar com o conflito existente, uma ferramenta facilitadora.

Pesquisador: O que é o Acesso a Justiça para a Sra?

> Requerente 1: para mim é justamente resolver problema, **é um problema que você tem que você não consegue resolver diretamente com a pessoa,** você tenta um acesso à justiça para ver se isso facilitaria a resolver esse problema. (grifo nosso)

Requerente 2: aqui né... **porque você hoje tem essa facilidade né...** pode ter caso que não precisa advogado e com essa questão de você poder vir aqui no fórum, tentam uma reconciliação. O cidadão não sabe realmente não porque os nossos interesses né... **e a justiça vai te dar um norte.** (grifo nosso)

Diante dos trechos de entrevistas acima inseridos, verifica-se que as pessoas que chegam à justiça, após transpor a barreira já problematizada no presente trabalho, passam a enxergar o Poder Judiciário, ou a justiça, termo este bastante usado no meio, como um facilitador a fim de se chegar a tão almejada solução para com a lide instaurada entre as partes.

Pesquisador: O que é o Acesso a Justiça para a Sra?
Requerente 3: É **quando a gente não dá conta de resolver o problema** fazer acordo, resolver um problema entre duas partes aí a gente tem que ter uma ajuda que é o caso de procurar justiça.
Requerido 1: que eu penso em acesso à justiça, **acesso à justiça na minha opinião é para evitar o pior né...** porque se você tem esse qualquer pessoa tem um na minha opinião né... de qualquer pessoa tem um o problema e ele pode ser resolvido para evitar o pior não é esperar que aconteça né tem que tem que ter **pessoas adequadas para trabalhar com a mente das pessoas.**

Verifica-se que há confiança na justiça, no Poder Judiciário para a solução de um problema, mesmo estando na posição de réu, o Requerido 1, detém o conceito de que a justiça é tida como um instrumento pacificador, para que assim se possa evitar que algo mais grave ocorra. Está ideia de pacificação deve ser ampliada no meio judicial e social, pois através deste conceito sigilos muitos problemas ou demandadas poderão

ser solucionada antes que não se tenha mais possibilidades tanto cíveis como judiciais.

Neste contexto, os Juizados Especiais se encaixam como um recurso para que os indivíduos busquem o fim nas lides instauradas em seu dia a dia, de forma mais ágil que a justiça comum e também de forma gratuita.

Pesquisador: O que a Sra entende por Juizado Especial?

> Requerente 1: eu entendia antigamente por pequenas causas, **nesses probleminhas corriqueiros do dia a dia**… igual esse mesmo que eu passei questão de inquilino de aluguel, é de quando que não paga essas coisas mais simples, que é unicamente batida de trânsito são pequenas causas que hoje pelo que eu entendi e mudou para juizado especial. (grifo nosso)
> Requerente 2: ele vai **ser um intermediador entre a pessoa que tá devendo e o outro para poder resolver a questão né…** de maneira a satisfazer os dois eu entendo mais ou menos assim. (grifo nosso)
> Requerente 3: **antigamente chamava de juizado de pequenas causas**… a pessoa que ganha pouco que não tem condição de pagar um salário é de pagar um adrogado, aí ele procurava pequenas causas que eu acho que agora eu penso que é o juizado especial, pessoa ganha pouco aí não pode pagar advogado aí procura resolver o problema. (grifo nosso)

Pesquisador: O que o Sr entende por Juizado Especial?

> Requerido 1: há mais ou menos que eu tô te falando para resolver os problemas né… das pessoas vão impedir uma tragédia muitas vezes as pessoas que estão me confronto, eles não estão com a mente para raciocinar estão com a mente com a poder de ir lá né… então ninguém quer conversar então tem que ter, aquele que é o responsável por essas coisas que diminua o calor do incêndio.

De forma clara e suscita, as partes envolvidas na demanda judicial esperam que os servidores, os magistrados, os estágiários lhes ajudem a encontrar uma solução dos problemas trazidos ao Poder Judiciário.

4.5 Efetivo acesso à justiça ou mera ferramenta governamental?

No CEJUSC da cidade Cêilândia – DF, após a sessão de conciliação, é realizada uma pesquisa de satisfação, com relação ao atendimento ali realizado, abordando tanto a estrutura física do local, a forma que os servidores e colaboradores conduziram a situção discutida.

Todas as partes atendidas são convidadas a responder o formulário de pesquisa e satisfação. Entre as várias perguntas, uma merece destaque, qual seja: Você sentiu que

participou da construção da solução? Tema que foi abordado nas entrevistas realizadas, antes de buscar o Poder Judiciário houve uma tentativa de solucionar o assunto que está sendo discutido no processo ora ajuizado.

É possível notar que nas situações vivenciadas pelos entrevistados e diante dos problemas ora discutidos, houve uma tentativa de solução extrajudicial, ou seja, houve uma tentativa de por fim a lide pelas partes antes de efetivamente procurar à justiça.

Pesquisador: O antes de buscar o Poder Judiciário a Sra. realizou a tentativa de solucionar o assunto que está sendo discutido no processo ora ajuizado?

> Requerente 1: antes de eu colocar entrar na justiça contra ela, eu fui atrás dela várias vezes ela ainda tentou pagar alguma coisa mas, pagava picado e quando eu ia ela dizia que que não tinha o dinheiro para mim esperar mais um tempo, aí quando eu vi que ela não ia pagar eu resolvi procurar a justiça.
> Requerente 2: com certeza já tentei até dividir, conversar com a pessoa para ver se ela me pagava né… mas não senti o interesse dela de resolver né... mas, **eu tentei várias vezes em levei tempo para poder tomar essa decisão** de vir aqui né… eu tentei primeiro tentar uma conciliação extrajudicial. (grifo nosso)

Pesquisador: O antes de buscar o Poder Judiciário a Sra. realizou a tentativa de solucionar o assunto que está sendo discutido no processo ora ajuizado?

> Requerente 3: sim a gente tentou, só que não teve acordo… aí depois com o tempo tentando não deu certo aí tivemos que entrar na justiça.

Com exceção do Requerente 2, os demais tiveram, até então, pouco contato ou vínculo com a justiça, como se verificado no decorrer das entrevistas. Tendo por base tal característica, conclui-se que ainda não posssui um conceito definido do que vem a ser o Poder Judiciário ou mesmo a justiça no modo literal.

Como verificado na entrevista da Requerente 1, quando se procura a justiça, as pessoas acreditam que os problemas serão totalmente resolvidos, que o outro que lhe causou algum tipo de dano será obrigado a lhe reparar. Todavia, diante da legislação vigente em nosso ordenamento jurídico, diversas são as formas que se possa exercer o chamado princípio do contraditório, sendo que na prática inúmeros casos não são solucionados em virtude dos limites imposto pela leis vigentes ao Poder Judiciário e também por muitas vezes pela ma fé presente naquele que não se dispõe a reparar ou solucionar o conflito ali presente.

Pesquisador: Após a solenidade/audiência seu entendimento do que é justiça modificou?

> Requerente 1: **assim é eu entendia que se eu fosse a justiça era taxado que resolveria que ela era obrigada a pagar,** com desfecho eu vi que não é bem assim, ela fez um acordo mas, se ela não cumpriu ela pagou a primeira lá e depois já não pagou mais então assim **a justiça não obriga ninguém a pagar** ela é tenta fazer um acordo mas ele dá ali pra frente se ela não pagar vou ter que tentar novamente numa outra forma ou voltar novamente na justiça **então eu vi que nada é certo assim de pagar, você tem que dar sorte dela realmente cumprir** com que ela se tiver dinheiro não tiver com para ela não vai pagar mesmo sendo perante a justiça. (grifo nosso)
> Requerente 2: eu acredito que não né… eu só não tinha conhecimento hoje assim se eu já sei mais ou menos como resolver determinadas situações igual eu falei anteriormente por você não saber tudo né… não ter um conhecimento de um advogado mas pelo menos pelas informações que você tem dá para chegar no resultado favorável algumas vezes, até mesmo chega porque a gente vê que a pessoa do outro lado parece que não tem nada ou se esconde né... não tem uma conta corrente, não tem uma casa não tem bens.

Diante dos relatos acima transcritos, o conceito de justiça se modifica com o decorrer do contato do cidadão como o Poder Judiciário, ou seja, tendo enfim o acesso à justiça e por consequência o contato e conhecimento da legislação vigente em no país, as partes adquirem um novo olher com relação à justiça. Ponto este de grande valia no estudo que foi desenvolvido no presente trabalho. As partes conseguem concluir que a efetiva justiça muitas vezes não é possível, haja vista a legislação vigente no ordemamento jurídico vigente ou mesmo a imparcialidade existente no âmbito judicial, tendo como corolário o princípio da dignidade humana.

4.6 Conceituando justiça após o ajuizamento de uma demanda

Neste tópico, será abordada a visão do sujeito que esteve junto ao Poder Judiciário ali inserido de forma voluntária, ou seja, este ajuizou a demanda ou por outro lado de forma involuntária sendo este demandado junto a justiça por algo que tenha ocorrido na vida em sociedade.

Um ponto que merece destaque e a demora existente no meio judicial, um visão pré estabelecidade na sociedade, que a demanda judicial vai demorar uma eternidade para solucionar o seu problema. Com o advento do novo Código de Processo Civil, através da Lei n.º 13.105 do ano de 2015, os prazos começaram a ser contados somente por dias uteis, ou melhor, as demanadas judiciais acabaram por si só se tornando mais longas.

Neste contexto, nas entrevistas realizadas, foi perguntado aos sujeitos se procurariam a justiça caso tivessem algum tipo de problema novamente ou se optariam

por resolver o problema de uma forma extrajudicial?

> Requerente 1: para falar a verdade eu tentaria novamente extrajudicial primeiro, porque eu vi que assim eu entendo que é pela justiça ser sobrecarregada pelas leis que não deixam né… é **não tem muita saída para você obrigar pessoa pagar então eu tentaria extrajudicialmente** e se não conseguir se me visse que ia demorar mais ainda, tentaria novamente porque assim de qualquer forma tem um prazo para ser feito demora muitas vezes pela sobrecarga que a justiça tem né… (grifo nosso)
> Requerente 3: eu tentaria resolver isso faria tudo, só que se eu não conseguisse com certeza procurarei a justiça.

Tais experiências resultaram em experiências antagônicas entre as partes, seja por motivos particulares, sejam pelos resultados obtidos no contexto judicial. Com relação a opinião das parte, no que tange ao ajuizamento de uma ação na esfera judicial, verificou-se que em sua totalidade dos entrevistados, este procurariam solucionar uma lide estabelecida, primeiramente de forma extrajudicial.

> Pesquisador: Por fim o que o Sr. acredita que há acesso à justiça nas experiências em que participou junto ao Poder Judiciário?
> Requerido 1: **eu vou ser sincero hoje hoje hoje hoje 2020 eu não,** para mim não existe mais polícia não existe juiz, porque a lei hoje tá muito branda tanto código de lei que existe que tá atrapalhando a convivência das pessoas, eu quero dizer assim que fazendo muita regalia para trazer bandido né… bandido hoje tá matando tá roubando mas se o pai de família fosse defender ele ainda responde quando aquele é porque ele foi se defender, se eu tivesse aqui morrer ele que morreu não vai se defender porque morreu e o bandido vai na cadeia passar uma estadia em volta então hoje ela **eu infelizmente se acontecer alguma coisa não procuo a justiça,** não eu deixava a poeira baixar tocar a vida para frente. (grifo nosso)

> Requerente 3: sim, com certeza existe sim e eu confio.

Diante do trecho acima percebe-se que, apesar dos esforços contínuos por parte do poder público, o Poder Judiciário ainda tem um longo caminho a fim contemplar anseios da sociedade. Todavia, cabendo a cada um descobrir e usufruir dos meios disponíveis da melhor forma que lhe convier.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação da sociedade com a justiça, é um assunto ainda visto como algo complexo, pois o termo acesso à justiça, em pleno século XXI, ainda é compreendido como algo dificultoso ou até mesmo inacessível por grande parte da população brasileira. Mesmo diante de alternativas criadas pelo poder público, para que assim barreiras existentes entre estes se dissipasse. A necessidade de possuir condições financeiras para arcar com os custos dos honorários advocatícios, bem como o pagamento das custas processuais, fato este abordado na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 98. A Carta Magna destacou que a União, o Distrito Federal os Territórios, e os Estados criarão Juizados Especiais, promovidos por juízes togados ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Com a edição da Lei n.º 9.099/95, que estabeleceu uma forma mais específica no tratamento a questão da aproximação do Judiciário com a população, tendo como um dos seus objetivos uma maior celeridade e prestabilidade à resolução de conflitos cotidianos.

O presente estudo teve como objetivo geral, estudar como se dá o acesso à justiça e os seus significados perante o sujeito de direito no âmbito do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da circunscrição de Ceilândia. Em relação aos objetivos específicos foi abordada a história, os princípios e demais características dos Juizados Especiais no Brasil, as formas de acesso à justiça na doutrina e na teoria do direito no âmbito constitucional e no âmbito internacional, bem como foi realizada uma pesquisa de campo com sujeitos participantes do sistema jurisdicional, no que concerne ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Ceilândia, na esfera de sua atuação relacionada aos Juizados Especiais Cíveis.

Neste interim, foi necessário adentrar aos fatos e acontecimentos que antecederam o sentido que atualmente se tem de acesso à justiça em pleno século XXI, com o surgimento dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem, com a aprovação da Lei nº 7.244 em 1984, que criou os Juizados de Pequenas Causas. A ideia de tal acesso à justiça remonta da década de 1980 no chamado Ministério da Desburocratização, onde surgiu perspectiva de programar uma justiça mais próxima do cidadão tanto em sua linguagem como em suas formas de acesso, ou seja, surgido uma possibilidade de acesso ao Poder Judiciário.

Neste contexto, para que esta esfera de justiça fosse plenamente comtemplada, foi

de extrema importância que houvesse certos parâmetros a serem seguidos, para que assim se obtivesse éxito com a sociedade. Na Lei n. º 9.099/95 que atualmente dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em seu art. 2º salienta que "O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível à conciliação ou a transação" (BRASIL, 1995).

Diante deste ponto destaca-se a importância de tais princípios com relação ao cidadão, para que assim houvesse a efetiva assistência judicial e o verdadeiro entendimento por parte deste de modo satisfatório, não necessariamente com a garantia de obter êxito em sua demanda judicial. Mas para que lhe fosse esclarecidos todos os pontos que levaram a desfecho da lide, ou seja, os motivos que levaram à prolação da decisão judicial proferida, de modo claro e acessível ao universo do jurisdicionado.

Como debatido no presente estudo, o acesso à justiça é um tema em constante abordagem nos dias atuais, tendo se tornado algo mais palpável, ou melhor, dizendo mais próximo da sociedade. Dada à forma em que o legislador prezou pela solução dos conflitos existentes nesta esfera do direito, destacamos um princípio muito usado para elucidação e solução aos conflitos ora trazido para esta esfera da justiça é o princípio do livre convencimento, preceito já previsto no Código de Processo Civil, ampliando, assim, a liberdade do Juiz na condução do processo.

Neste contexto, foi realizada, no decorrer do presente estudo, uma pesquisa de campo, no intuito de adentrar mais a fundo o cenário que fora estudado, para que fosse melhor compreendido o conceito de acesso á justiça aos sujeitos entrevistados. Foi de significativa importância a realização desta pesquisa qualitativa, que buscou extrair um universo de significados (MINAYO, 2002) tendo por base o ponto de vista dos sujeitos que estão inseridos ou envolvidos com o campo da justiça.

Este trabalho de campo foi desenvolvido a partir da realização de entrevistas semiestruturadas, questionário socioeconômico e observação participante, que são técnicas metodológicas voltadas a compreender a percepção dos sujeitos sobre o acesso à justiça no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Ceilândia, tendo a observação participativa como um dos pontos a serem destacados, (Lakatos e Marconi 2001). Foram realizadas 4 (quatro) entrevistas com partes de processos distintos, sendo que, entre os entrevistados, alguns estavam na posição de autores da demanda. Por outro lado, houve um entrevistado que estava na posição de requerido.

As entrevistas, na modalidade semiestruturada (MINAYO, 2002), foram conduzidas por um roteiro previamente elaborado contendo 10 (dez) perguntas (Apêndice A). Antes da realização dessas entrevistas, foram informados aos participantes sobre o sigilo de nomes e o interesse de realização de pesquisa de campo com o objetivo exclusivamente de aprendizagem, sendo-lhes entregue, na ocasião, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para Entrevistas Individuais – TCLE (Apêndice B), bem como o questionário socioeconômico (Apêndice C), que teve como objetivo primordial conhecer sobre o grau de escolaridade, a atividade desempenhada, a renda mensal familiar, entre outros pontos.

Quanto aos resultados da pesquisa de campo realizada, foi possível perceber que este modelo de acesso à justiça, hoje, devidamente implementado no Centro Judiciário de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, regido pela Lei n. º 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis, é rotineiramente utilizado e respeitado nas audiências e sessões de conciliação ali realizadas.

Por fim diante da realização das entrevistas a atual situação em que o mecanismo de acesso à justiça, denominado Juizados Especiais a barreira existente entre a justiça e o povo, vem sendo diminuída como verificado no decorrer das entrevistas do presente estudo, em que a própria parte que anteriormente, deixou de resolver lides em seu cotidiano, no atual contexto ela mesma se dirigiu ao Poder Judiciário e propôs a demanda judicial, aproximando ainda mais a justiça da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e juizados especiais: o desafio da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil.** Ed. Conceito, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da cidadania no Brasil**. México, Fundo de Cultura Econômica, 1993.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial**- Criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2004

DORFMANN, Fernando Noal. **As pequenas causas do Judiciário**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1989.

FILHO, Oscar d´alva e Souza. **Ética Individual e Ética Profissional** – Princípios da razão
feliz. 4. ed. Rio- São Paulo- Fortaleza: ABC, 2004

GRINOVER, Ada Pelegrini. **A conciliação extrajudicial no quadro participativo**. *In*: Participação e processo. São Paulo: RT, 1988.

HUTTER, Rudolf. **Os princípios processuais no Juizado Especial Cível**. São Paulo: Iglu,
2004.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomari. **Novos momentos da tentativa de conciliação e sua técnica**. São Paulo: Revista de Processo, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Luiz Melíbio Uiraçaba. **Princípios políticos dos juizados especiais**. In: Ajuris. Porto Alegre, jul.1996.

MANUAL DE LEGISLAÇÃO BÁSICA. **Turmas Recursais e Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado do Ceará**. Fortaleza: TJCE, 2003.

MARCONI, Marina de Andrade & LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3.ed. São
Paulo: Max Limonad, 2003.

NASSIF, Elaine. **Conciliação Judicial e Indisponibilidade de Direitos** – Paradoxos da "justiça menor" no processo civil e trabalhista. São Paulo: LTr, 2005.

PAROSKI, Mario Vasni. **Do Direito Fundamental de Acesso à Justiça.** Paraná, 2006. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4132 Acesso em: 04 de junho de 2020.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do

Advogado, 2003.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Abordagem Histórica e Jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais Brasileiros.**2008.Disponíveem:**https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-ii-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto. **Acesso em 12 de out. de 2019.**

RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro**. SãoPaulo: Editora Acadêmica, 1994.

RUTTER, Rudolf. **Os princípios processuais no Juizado Especial Cível**. São Paulo: Iglu, 2004.

SALES, Lilia Maia de Morais (Org**). Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade**- A cidadania em debate. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2003.

SANTOS, Boaventura. **Pela Mão de Alice.** Rio de Janeiro: Cortez, 1996.

SILVA, Ivan da. **Crimes Ambientais e Juizados Especiais**. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e poder popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e Conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo (Coord). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

VERAS, Eveline de Evelma**. A Representação do Ofendido no Juizado Especial Criminal**. Fortaleza: Gráfica e Editora Nacional, 2006.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo.** Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BACELLAR, Roberto Portugal**. Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: RT, 2003.

COSTA, Fábio Silva. Tutela antecipada: hermenêutica, acesso à justiça e princípio da efetividade processual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e processo: uma análise empírica da fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997.

COSTA, Fábio Silva. Tutela antecipada: hermenêutica, acesso à justiça e princípio da efetividade processual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e processo: uma análise empírica da fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997.

FUX, Luiz. A ideologia dos juizados especiais. Revista de processo, vol. 22, n. 86, p. 204-214, abr./jun. 1997.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. v.1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 setembro 2019.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Juizados especiais cíveis e criminais. São Paulo: Saraiva, 1996.

Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática / Felippe Borring Rocha. – 8. ed. Rev., Atual. e Ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

BRASIL. **Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: FALTOU

[9] BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 482.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 11. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 460.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO. Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e atual. São Paulo 2008.

CUNHA, Sérgio Sérvulo Da. Contribuição à reflexão sobre a reforma do judiciário; Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

WATANABE, Kazuo. Juizado especial de pequena causas: Lei n. 7.244. de 7/11/1984. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico** (fundamentos de uma nova cultura no Direito). São Paulo: Alfa Omega, 1994.

APÊNDICE A – ROTEIRO DAS ENTREVISTAS

1- O que trouxe a o/a Sr./Sra. ao Poder Judiciário?

2- Em alguma outra oportunidade o/a Sr./Sra. esteve ou procurou a justiça?

2.1 Se sim, qual foi o desfecho do caso especifico?

3- Antes de buscar o Poder Judiciário o/a Sr./Sra. realizou a tentativa de solucionar o assunto que está sendo discutido no processo ora ajuizado?

4- O que é o Acesso a Justiça para o/a Sr./Sra?

5- O que o/a Sr./Sra entende por Juizado Especial?

6- O que o/a Sr./Sra achou do Tribunal e do local em que foi atendido (a), o CEJUSC?

7- Como o/a Sr./Sra. descreveria a forma em que o servidor e o magistrado conduziu a audiência em que esteve presente?

8- Após a solenidade/audiência seu entendimento do que é justiça modificou?

9- O/a Sr./Sra. procuraria a justiça caso tivesse algum tipo de problema novamente ou optaria por tentar resolver seu problema de uma outra forma extrajudicial?

10-Por fim o que o/a Sr./Sra. acredita que há acesso à justiça nas experiências em que participou junto ao Poder Judiciário?

APÊNDICE B - TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO PARA ENTREVISTAS INDIVIDUAIS

Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE
Convidamos o (a) senhor (a) a participar do projeto de pesquisa OS JUIZADOS ESPECIAIS COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA, no que tange os processos vinculados ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Ceilândia, estudo este sob-responsabilidade do pesquisador Rodrigo Silva das Chagas.

Tem como objetivo geral, estudar como se dá o acesso à justiça e os seus significados perante o sujeito de direito no âmbito do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da circunscrição de Ceilândia.
O (a) senhor (a) receberá todos os esclarecimentos necessários antes e no decorrer da pesquisa e lhe asseguramos que seu nome não aparecerá sendo mantido o mais rigoroso sigilo pela omissão total de quaisquer informações que permitam identificá-lo (a).
A sua participação se dará por meio de entrevista com o tempo estimado a 1h para sua realização. A entrevista será gravada e posteriormente transcrita reiterando- se o sigilo em relação ao seu nome.
O (a) Senhor (a) pode se recusar a responder (ou participar de qualquer procedimento) qualquer questão que lhe traga constrangimento, podendo desistir de participar da pesquisa em qualquer momento sem nenhum prejuízo para o (a) senhor (a). Sua participação é voluntaria, isto é, não há pagamento por sua colaboração.
Os resultados da pesquisa serão divulgados no acervo da biblioteca do centro universitário IESB oeste podendo ser publicados noutros meios impressos e eletrônicos. Os dados e materiais serão utilizados somente para esta pesquisa e ficarão sob a guarda do pesquisador por um período de cinco anos, após isso serão destruídos.
Se o (a) Senhor (a) tiver qualquer dúvida em relação à pesquisa, por favor telefone para: (61) 98401.5535. Também estarei à disposição no endereço eletrônico rodrigochagas78@gmail.com.
Caso concorde em participar, pedimos que assine este documento que foi elaborado em duas vias, uma ficará com o pesquisador responsável e a outra com o Senhor (a).

_____
Nome / assinatura

_____
Pesquisador Responsável
Nome / assinatura

Brasília, ___ de _____de _____.

APENDICE C – QUESTIONÁRIO-SOCIO-ECONÔMICO-CULTURAL

Nome: _____
Nome Social 1·: _____
Data de nascimento: _____/_____/_____
RG: _____ CPF: _____
E-mail: _____
Endereço: _____

Questionário Sócio-Econômico-Cultural

A seguir você preencherá um formulário sócio-econômico-cultural. Este questionário é documento essencial para realização da pesquisa de campo qualitativa a ser apresentada em trabalho de conclusão de curso da aluna Dayanne de Paula Machado dos Santos, graduanda em Direito no Centro Universitáeio – IESB.

1. Orientação sexual:
( ) Masculino ( ) Feminino ( ) Outros

2. Estado Civil: ( ) Solteiro(a) ( ) Casado(a) ( ) Separado(a) / Divorciado(a) ( ) Viúvo(a) ( ) Vivo com companheira ( ) Vivo com companheiro

3. Idade:_____ Anos.

4. Naturalidade: ( ) Brasileiro(a)
( ) Estrangeiro Qual país?_____

5. Estado de origem: _____ e Município de origem: _____
__

6. Em relação à cor da pele, você se considera2:
( ) Branco ( ) Pardo ( ) Preto ( ) Amarelo (oriental) ( ) Vermelho (indígena) ( ) Prefiro não declarar ( )

7. Em que localidade da cidade seu domicílio se encontra?
( ) Na periferia da cidade
( ) Na região central da cidade

[1] Nome social é o nome pelo qual pessoas trans e travestis preferem ser chamadas cotidianamente, em contraste com o nome que foi oficialmente registrado que não reflete sua identidade de gênero.

[2] Preto ou pardo junto a esse questionário, conforme quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

( ) No centro expandido da cidade
( ) Condomínio residencial fechado
( ) Conjunto habitacional
( ) Favela / Cortiço
( ) Região rural (chácara, sítio, fazenda, aldeia, etc.)
( ) Outro: _____

8. Com quem você mora? (mais de uma opção poderá ser marcada)
( )Pais ( ) Cônjuge ( ) Companheiro (a) ( ) Filhos ( ) Sogros ( ) Parentes ( ) Amigos ( ) Empregados domésticos ( ) Sozinho (a) ( ) Outros ( )

9. Quantos filhos nascidos vivos você teve no total?
( ) Nenhum ( )Um ( )Dois ( )Três
Quantos ao todo? _____ ( )Não sei

10. Atualmente você:
( ) Trabalha e estuda
( ) Apenas trabalha
( ) Está aposentado
( ) Tem mais de um emprego

11. Qual é o seu trabalho ou ocupação principal E qual função desempenha?
_____
_____
_____
_____
_____

12. Qual a sua renda mensal? (aproximadamente)
( ) Nenhuma renda.
( ) Até 1 salário mínimo.
( ) De 1 a 3 salários mínimos.
( ) De 3 a 6 salários mínimos
( ) De 6 a 9 salários mínimos
( ) De 9 a 12 salários mínimos
( ) Acima de 12 salários mínimos

13. Qual é a renda familiar mensal? (aproximadamente)
( ) Até 1 salário mínimo.
( ) De 1 a 3 salários mínimos.
( ) De 3 a 6 salários mínimos
( ) De 6 a 9 salários mínimos
( ) De 9 a 12 salários mínimos
( ) Acima de 12 salários mínimos

14. Quantas pessoas (contando com você) contribuem para a renda da sua família?
( )Uma ( )Duas ( )Três ( ) Quatro ( ) Cinco ( )Seis ( )Sete ( )Oito ( )Nove ( )Dez
( ) Mais. Quantas? _____

15. Qual o seu grau máximo de escolaridade?
( ) Ensino superior incompleto
( ) Ensino superior completo
( ) Especialização
( ) Mestrado ( ) Doutorado
( ) Pós-Doutorado

16. Você cursou ensino médio e fundamental em:
( ) escolas públicas em sua totalidade; ( ) a maior parte (mais de 55%) em escolas públicas; ( ) metade em escolas públicas, metade em escolas privadas ( ) a maior parte (mais de 55%) em escolas privadas; ( ) em escolas privadas inteiramente;

17. Quantas pessoas (contando com você) vivem da renda da sua família?
( )Uma ( )Duas ( )Três ( ) Quatro ( ) Cinco ( )Seis ( )Sete ( )Oito ( )Nove ( )Dez ( ) Mais. Quantas? ____

18. Você cursou ou cursa o ensino superior em universidade pública?
( )Sim ( )Não

19. Você cursa ou cursou ensino superior em Universidade privada?
( )Não
( ) Sim, sem bolsa
( ) Sim, com bolsa
Se obtêm ou obteve bolsa, favor especificar o tipo de bolsa concedida:

_____
__

20. Em relação à religião, você diria que é:
( ) Ateísta
( ) Agnóstico
( ) Acredito em Deus mas não sigo nenhuma religião
( ) Católico
( ) Católico não praticante
( ) Protestante (evangélico, batista, mórmon, calvinista, luterano, testemunha de Jeová ou outro)
( ) Espírita kardecista
( ) Praticante de religião afro-brasileira (umbanda, candomblé)
( ) Budista
( ) Muçulmano
( ) Judeu
Tenho outra religião. Qual? _____ ( ) Prefiro não declarar

_____, _____ de _____ de 2019.
Assinatura do Entrevistado

LUANA NERY MORAES

A PERSPECTIVA DE ESTUDANTES DE ENSINO MÉDIO DE UMA ESCOLA PÚBLICA DE CEILÂNDIA SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA E PROTEÇÃO À MULHER

Artigo científico apresentado como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília.

Orientadora: Prof.a. Me. Áurea Bezerra de Medeiros

Brasília/DF

2020/1

A PERSPECTIVA DE ESTUDANTES DE ENSINO MÉDIO DE UMA ESCOLA PÚBLICA DE CEILÂNDIA SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA E PROTEÇÃO À MULHER

RESUMO

O presente estudo apresenta um panorama de estudantes de Ensino médio, de uma escola pública de Ceilândia/DF, sobre as políticas públicas de prevenção da violência e proteção à mulher. Objetiva construir um cenário a respeito do tema proposto e obter instrumentos para ampliar o combate às formas de violência contra a mulher, a partir da análise do conhecimento dos discentes sobre os mecanismos para prevenção da violência e proteção à mulher. Foram empregados, como recursos metodológicos, pesquisa de campo com observação *in locu*, entrevistas estruturadas em questionários e levantamento teórico bibliográfico. À exceção da Lei Maria da Penha, os sujeitos de pesquisa demonstraram desconhecer os diversos instrumentos governamentais para prevenção e proteção da mulher. Destarte, há a necessidade de uma abordagem mais ampla e diversificada das políticas públicas que promovem a prevenção da violência e proteção da mulher na unidade escolar. O enfrentamento à violência de gênero deve se dar nos diversos âmbitos da sociedade, em um trabalho em rede, mas sobretudo no contexto escolar, com uma educação em e para os Direitos Humanos que possibilite a promoção de uma cultura de paz, uma cultura de respeito.
Palavras-chave: Direitos Humanos. Educação. Violência contra a mulher.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo surgiu a partir da atuação como educadora em uma escola pública de Ensino Médio, em Ceilândia – cidade satélite do Distrito Federal.

A prática pedagógica mostra-se também como uma prática social, capaz de estimular uma reflexão contínua, enriquecedora e promotora de constantes inquietações, da qual deriva o trabalho proposto.

Dados apresentados pelo Monitor da Violência (2019) mostram que os casos de feminicídio no Brasil crescem anualmente. Em 2017 foram registrados 1.047 feminicídios; em 2018, 1.173; em 2019, 1314, um aumento de cerca de 25% em relação ao ano de 2017.

De acordo com dados do Relatório de Crimes de Feminicídio tentado e consumado, realizado pela Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal, em 2017, foram 18 ocorrências de feminicídio consumado e, em 2018, 28 casos. Nos referidos anos, a Ceilândia liderou os índices com 3 e 4 episódios, respectivamente.

Também no Distrito Federal, no ano de 2019, houve 33 feminicídios e, em 2020,

de janeiro a março, já ocorreram 5.

O Relatório de Violência Doméstica, segundo a Lei Maria da Penha, realizado pela Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal, aponta que em 2017 foram 14.583 casos registrados; em 2018, 14.985; e, em 2019, 16.549. Ceilândia mais uma vez lidera o ranking com 2.326, 2.437 e 2.816 episódios, respectivamente.

De acordo com os registros da Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal (2018), a Região Administrativa de Ceilândia concentra o maior número de registros de crimes que envolvem violência doméstica (16%), feminicídios (15,8%) e crimes contra a dignidade sexual (14,6%). Ainda segundo o relatório, as dez Regiões Administrativas que mais possuem registros de violência doméstica, conjugal e familiar contra as mulheres correspondem a 69% do total dos registros das queixas apresentadas.

Os dados apresentados demonstram a gravidade da situação e a necessidade de políticas públicas que promovam, de forma efetiva, o combate à violência de gênero.

Sabe-se que a educação em Direitos Humanos é deficitária, sobretudo no âmbito da violência contra as mulheres, e que a escola é um espaço democrático, participativo e de formação de cidadãos.

Desse modo, o ambiente escolar tem papel preponderante para a discussão de temas sociais relevantes, como os Direitos Humanos e a violência contra a mulher, possibilitando uma formação ética, com foco na justiça, na diversidade e na igualdade.

A mulher tem o direito de não sofrer agressões, a ser respeitada em suas especificidades e a ter garantia de acesso aos serviços da rede de enfrentamento à violência contra a mulher.

É dever do Estado e uma demanda da sociedade enfrentar todas as formas de violência contra as mulheres, prezando por uma sociedade justa e igualitária entre mulheres e homens.

Nesse sentido, a importância deste estudo se traduz na possibilidade de analisar as percepções de estudante de Ensino Médio, de uma escola pública de Ceilândia/DF, diante do grave problema social que é a violência contra a mulher, coletando dados específicos, com o fim de traçar um quadro dessa ótica e obter ferramentas para ampliar o combate às formas de violência contra a mulher, coibindo, em especial, a ocorrência do crime de feminicídio.

Desse modo, busca-se responder ao seguinte questionamento: os estudantes de Ensino Médio têm conhecimento de dispositivos para a prevenção da violência e proteção

da mulher?

Para a consecução dos objetivos propostos, empregamos, como recursos metodológicos, pesquisa de campo com observação *in locu* e entrevistas estruturadas em questionários. Assim como realizamos levantamento teórico-metodológico.

2 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Bandeira (2017) entende a violência como um fato social, dotada de uma força perturbadora e de um poder inquietante.

A autora apresenta a violência a partir de duas concepções desenvolvidas por Consuelo Corradi (2009). A primeira é a concepção instrumental, segundo a qual para se alcançar objetivos específicos, usa-se a violência. A segunda é a violência modernista, que se constitui como "uma força social plena de significados e dotada de uma capacidade de estruturação da realidade que modela culturalmente o corpo das vítimas e dos agressores" (CORRADI, 2009, p. 1 *apud* BANDEIRA, 2017, p. 16). Para a autora, esta última sustenta a reflexão sobre a violência contra a mulher e de gênero, visto que é uma força social estruturante das relações entre os gêneros e modela as dinâmicas sociais.

Saffioti (2001) entende o conceito de violência de gênero como mais amplo, posto que engloba mulheres, crianças e adolescentes de ambos os sexos.

Para a autora, o homem executa seu projeto de dominação-exploração usando-se de sua capacidade de mando e da violência. No entanto, milhões de mulheres têm se apresentado resistentes a esse processo de dominação-exploração e têm usado mecanismos de resistência, que alcançam maior ou menor êxito.

Saffioti (2001) analisa o fenômeno da violência contra a mulher sob dois aspectos: o coletivo, na medida em que o homem tem autorização permanente para realizar seu projeto de dominação-exploração, ainda que empregue violência física, posto que somente os excessos estão codificados como tipos penais. Outro aspecto é o individual, que se proporcione uma educação aos jovens pautada em uma matriz alternativa de gênero, válida para homens e mulheres, e não fora do esquema de gênero, o que permitirá a ressignificação das relações de poder e, consequentemente, o gênero terá origem na formação da identidade.

De acordo com a Lei 13.340/2006, Lei Mª da Penha, a violência doméstica e familiar contra a mulher caracterizará uma violação dos direitos humanos e estará configurada em qualquer ação ou omissão fundada no gênero que lhe cause morte, lesão,

sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, em âmbito doméstico, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto.

A definição acima corrobora com a da Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, adotada pela OEA em 1994), na qual a violência contra a mulher é qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado.

Nesse seguimento, Araújo (2003) compreende a expressão violência contra a mulher como aquela cometida contra a vítima de qualquer idade, em âmbito doméstico, privado, de acordo com a atribuição das Delegacias da Mulher, ou seja, o ato que englobe crime contra a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, a liberdade sexual, praticado contra mulheres, independente da idade e em espaço público ou privado.

Em consonância com a Lei Maria da Penha, Carapia (2015) conceitua a violência de gênero como uma forma de agressividade e violência contra as mulheres pelo fato de ser mulher. Tal violência pode se apresentar: na discriminação, no menosprezo, na agressão física, psicológica, econômica, sexual, no feminicídio. Decorrente de um sistema social e cultural andrógeno, encontra-se na vida cotidiana e expressa as relações de poder; e pode estar presente no âmbito familiar, laboral, na escola, na igreja, por exemplo.

Carapia (2015) apresenta as causas dessa violência masculina sobre a mulher, são elas: estruturais, culturais, econômicas, sociais, políticas e ideológicas.

Assim, segundo a autora, o sistema econômico capitalista gera as causas estruturais ao acentuar as diferenças de classes sociais, a pobreza e a extrema pobreza. Como dizem popularmente, considera também que a pobreza tem rosto de mulher, pois é abandonada pelo marido e fica sozinha com seus filhos e sem dinheiro, enquanto ele se integra ao processo de migração.

Do mesmo modo, o sistema patriarcal é uma importante causa cultural da violência de gênero. A mulher é identificada como objeto e o homem como sujeito. A mulher tem atitude passiva, é obediente, é um objeto sexual, e o homem é ativo, assume o poder e o controle.

Os fatores econômicos que alteram a dinâmica familiar e geram a violência contra a mulher são, por exemplo: o desemprego; o subemprego; o baixo ou nulo poder aquisitivo; a dependência econômica da mulher, o que reforça o controle e o domínio

masculino; a inserção da mulher no mercado de trabalho formal ou informal; a dupla jornada, a mulher após o trabalho tem que realizar afazeres domésticos e a não realização de todas as suas tarefas pode provocar mais violência.

Socialmente, as mulheres se encontram em uma posição de desvantagem, desigualdade, marginal, que se concretiza nas condições familiares e sociais, como também nas conquistas referentes aos direitos humanos das mulheres. As diferentes formas de violência de gênero estão refletidas na falta de equidade nas condições de estudo e laboral, na vida cotidiana e sociocultural, na família e nas relações amorosas.

Há uma estreita relação entre as causas sociais e políticas da violência de gênero, posto que as ações do governo definem claramente a sua postura com relação à igualdade de gênero no âmbito social e econômico.

As causas ideológicas se apresentam nas formas de ser, fazer e agir, ou seja, na interpretação dos papeis masculino e feminino, que define a sociedade, a vida cotidiana, a família, o seu entorno e os amigos.

Por outro lado, Jesus (2010) percebe que o conceito de violência está sempre em mutação, posto que várias atitudes e comportamentos que antes não eram considerados formas de violência, hoje são. Esse fenômeno social está presente em vários âmbitos, como no governamental, populacional, global, local, público e privado, e não distingue o nível socioeconômico e cultural, pois atinge de igual maneira mulheres de países pobres e ricos.

O autor observa que, nas sociedades, o gênero feminino está relacionado ao ambiente familiar e à maternidade e o gênero masculino está ligado à área pública, concentra valores materiais e, portanto, é visto como o provedor e protetor da família. Apesar das mulheres estarem presentes no mercado de trabalho e no âmbito público, a disposição da violência ainda segue a divisão tradicional: “o homem é vítima de violência na esfera pública, e a violência contra a mulher é perpetuada no âmbito doméstico, onde o agressor é, mais frequentemente, seu próprio parceiro” (JESUS, 2010, p. 8).

Para o autor, a violência familiar, intrafamiliar ou doméstica é “toda ação ou omissão cometida no seio de uma família por um de seus membros, ameaçando a vida, a integridade física ou psíquica, incluindo a liberdade, causando sérios danos à sua personalidade” (JESUS, 2010, p. 8-9).

Bandeira (2017) acrescenta que a violência contra a mulher, uma força social, é uma herança patriarcal que possui a capacidade de estruturar a realidade social. Portanto,

as relações sociais passam pelas relações de dominação e de poder.

A autora reitera que a violência na sociedade brasileira se dirige ao corpo feminino preferencialmente, tendo em vista a quantidade de assassinatos de mulheres nas últimas décadas e o grau de barbárie a qual são submetidas. E entende que o assassinato de mulheres não é um instrumento ou uma estratégia, mas, sim, o próprio exercício do poder.

Nesse sentido, Muniz (2017) também percebe que a violência com a mulher brasileira tem fundamento em uma ordem binária, patriarcal, heterossexual e androcêntrica, capaz de impor as desigualdades entre homens e mulheres.

Outrossim a autora observa que, devido à referida ordem, as mulheres sofrem depreciação, desvalorização, desconsideração de sua condição de pessoa com direito a ter direito. Além disso, são "reduzidas à propriedade de alguém, a coadjuvantes históricas, a complemento na vida social, a objeto da satisfação masculina" (MUNIZ, 2017, p. 38). Isto é, as mulheres estão fadadas a uma vida sem sentido próprio, em função do outro, restrita ao "espaço da domesticidade" (MUNIZ, 2017, p. 38). Desse modo, as estruturas patriarcais de poder sequestram-lhes seu espaço de fala e lugar de sujeito, o que as inferioriza e domina.

Para a autora, os atos de violência contra as mulheres demonstram o poder, a opressão e a dominação masculinas, amparados na e pela lógica sexista, que configura a cultura machista. Esta é sustentada pela gana de controlar o corpo feminino, sua sexualidade, sua subjetividade, sua conduta, amplamente em sua vida.

Doutro modo, Muniz (2017) entende que o machismo também é compartilhado pelas brasileiras, posto que dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, realizado pelo Data Popular, indicam que 32% das mulheres afirmaram que "as vítimas provocaram a agressão ao usarem roupas provocantes, como saias curtas e decotes avantajados" (DATA POPULAR, 2013 *apud* MUNIZ, 2017, p. 39). Desse modo, as mulheres culpam as vítimas pelo ato violento realizado pelo homem e não eles, os estupradores.

Muniz (2017) ressalta ainda que a cultura machista está "naturalizada e cristalizada no imaginário social brasileiro", desde que os portugueses por aqui passaram. As primeiras vítimas dessa cultura alienígena foram as mulheres indígenas, que foram estupradas, assassinadas e escravizadas. Portanto "a cultura da violência de gênero foi historicamente alimentada/realimentada até os dias atuais, de modo insidioso, perverso e poderoso" (MUNIZ, 2017, p. 39).

A autora observa também que o empoderamento feminino é relativo, localizado e

incompleto, posto que a desigualdade de e entre os gêneros ainda existe e está presente na sociedade em práticas arraigadas, misóginas, preconceituosas e machistas, como por exemplo, os salários mais baixos das mulheres, a exploração sexual, o assédio, o tráfico, a prostituição, as agressões físicas, a criminalização do aborto, a irrisória representação política e partidária, o estupro e o assassinato.

Nesta perspectiva, em consonância com a Lei do Feminicídio, Lei 13.104/15, Jesus (2010) conceitua esse fenômeno como o assassinato de mulheres justificado pelo gênero, sua condição de mulher. Pode se dar de duas maneiras: o feminicídio íntimo, assassinato cometido por homem com quem a vítima tinha ou teve alguma relação íntima, familiar, de convivência ou afim; e o feminicídio não íntimo, assassinato cometido por homem com quem a vítima não tinha ligação íntima, familiar, de convivência ou afim, o que pode decorrer de um ataque sexual anterior.

Para o autor, ainda há o feminicídio por conexão, assassinato que ocorre pelo fato de a vítima estar na "linha de fogo" de um homem que tenta matar outra mulher, como por exemplo, a intervenção de parentes ou amigas para evitar o fato, ou são facilmente vítimas da ação do agressor.

De acordo com Jesus (2010), é benéfico o conceito de feminicídio, já que mostra o caráter social e generalizado da violência fundamentada na desigualdade de gênero e evita a culpabilização da vítima e a representação dos agressores como "loucos", "fora de controle" ou a concepção dos assassinatos como crimes passionais. Isto é, a definição do feminicídio expõe a verdadeira extensão do problema, mostrando que a violência de gênero é um assunto social, resultado das relações de poder entre homens e mulheres.

Bandeira (2017) menciona também a criação da Lei do Feminicídio, com o fim de punir os assassinatos recorrentes de mulheres, fundada obviamente nas desiguais e hierárquicas relações de poder entre homens e mulheres. A autora concorda com Segato (2014, p. 365 *apud* BANDEIRA, 2017, p. 25) na utilização do termo "femigenocídio", haja vista que os assassinatos de mulheres se assemelham ao genocídio por suas dimensões e pela intenção de letalidade. Constitui-se um ato de terrorismo extremamente violento, criando danos e choques emocionais em comunidades inteiras. Fato que caracteriza "novas formas de guerra".

Segundo Muniz (2017), com relação às leis referentes aos direitos das mulheres, há uma resistência. Há uma busca em exaurir o conceito de violência contra a mulheres presente nas leis Mª da Penha e do Feminicídio, de forma a relativizar o comportamento

masculino e responsabilizar a mulher pela violência sofrida.

Isto posto, percebe-se a violência contra a mulher como um problema de saúde pública e também uma violação dos direitos humanos, derivada da desigualdade de gênero existente no sistema de dominação patriarcal e androcêntrico que se perpetua na sociedade brasileira.

As desigualdades concebidas historicamente para os comportamentos femininos e masculinos se refletem mundialmente nas violências sistêmicas contra as mulheres na esfera social, política, cultural e econômica. Assim, é primordial desnaturalizar os papéis para a concepção de uma cultura de respeito aos direitos humanos das mulheres em sua diversidade.

2.1 Violência contra a mulher no namoro

Muitas meninas, jovens, mulheres podem estar submetidas a situações de violência que lhes causem sofrimento físico ou psíquico geradas por seus companheiros, irmãos, pais, namorados, empregadores ou desconhecidos. Sobretudo verifica-se que muitas das ocorrências violentas contra a mulher são ocasionadas por uma pessoa próxima, com a qual mantinha vínculo afetivo anterior.

Segundo a Organização Mundial da saúde (OMS), a violência no namoro caracteriza-se por um comportamento causador de dano físico, sexual ou psicológico, como por exemplo, agressão física, coerção sexual, abuso psicológico e comportamentos controladores, em uma relação íntima. E também constitui uma forma prematura de violência conjugal.

Assim, a referida entidade internacional salienta a importância de programas de prevenção da violência no namoro, contribuindo, portanto, para o desenvolvimento de relações amorosas mais saudáveis.

A OMS define a adolescência como o período de vida entre 10 e 19 anos, a Organização das Nações Unidas (ONU) entre 15 e 24 anos e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) indica a adolescência como a faixa etária de 12 a 18 anos de idade.

Brancaglioni e Fonseca (2016) compreendem a violência no namoro entre adolescentes como uma forma de violência de gênero, posto que engloba relações de dominação/subordinação construídas histórica e socialmente com base na masculinidade e feminilidade hegemônicas.

Em estudo sobre a perpetração e vitimização da violência no namoro, realizado

por Beserra *et al.* (2015), em seis escolas públicas do Recife, constatou-se que 19,2% dos adolescentes foram agredidos pelo(a) namorado(a).

Evidenciou-se ainda que, após a agressão, 40% dos jovens atacados afirmaram não ter sentido nada e 28% achou normal. Além disso, 40% decidiram não fazer nada e 36% terminou o namoro.

Para os autores, há uma naturalização da violência no namoro decorrente de uma cultura que romantiza o amor e, consequentemente, aceita o sentimento de posse ou de ciúme. Ademais, a violência no namoro vem aumentando em todas as classes socias, o que evidencia que seu surgimento não está restrito à efetivação do casamento, da união estável ou da coabitação.

Souza, Pascoaleto e Mendonça (2018) destacam pesquisa com jovens realizada por Barreira *et al.* (2014), a qual identificou a prevalência de violência em 83,9% dos namoros. Para as autoras, esse dado pode refletir a dificuldade dos jovens em nomear e identificar a violência.

As autoras ressaltam alguns fatores de risco para a violência no namoro, são eles: a aceitabilidade da violência no relacionamento; a ansiedade, a depressão e sintomas correlatos à agressividade; o uso de substâncias ilícitas; ter atividade sexual precoce; ter amigos que vivenciam violência em relações afetivos; experenciar a violência intrafamiliar e doméstica; não saber controlar a raiva e os ciúmes; o sentimento de insegurança na escola; e os cuidados precários por parte dos pais.

Ainda segundo as autoras, é necessária a desnaturalização de práticas violentas que violam os direitos das mulheres no namoro, de forma que haja o reconhecimento de atitudes do parceiro indicativas de ameaças, controle, coerções e perseguições.

Com base nos estudos apresentados, percebe-se que as violências no namoro entre os jovens constituem um problema social preocupante, que pode se acentuar ao longo do relacionamento e se fazer presente no cotidiano das relações conjugais.

Embora haja políticas nacionais com o fito de enfrentar a violência contra as mulheres, os índices de violência doméstica e familiar, assim como os consequentes feminicídios, continuam elevados. Fato que comprova a fragilidade dos mecanismos de prevenção e coibição das agressões, bem como a necessidade de desenvolvimento de programas de prevenção em contexto escolar como importante ação interventiva para a prevenção precoce das relações violentas no namoro entre adolescentes e, por conseguinte, para a promoção de uma educação em e para os Direitos Humanos.

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A EDUCAÇÃO EM E PARA OS DIREITOS HUMANOS

As políticas públicas constituem ações e programas elaborados pelo Estado com o fim de garantir direitos legais, sobretudo os constitucionais, promovendo o bem-estar da população.

Segundo Bucci (2001), as políticas públicas complementam os espaços normativos e concretizam os princípios e as regras, destinando-se a objetivos específicos. Ao contrário das leis, que são gerais e abstratas.

De acordo com Vázquez e Delaplace (2004), o objetivo final das políticas públicas é, por meio de um processo de ações governamentais, resolver um problema público de maneira racional. Este processo é interminável, é um ciclo que se realimenta de forma constante e sistemática. Tal ciclo está composto de sete processos: entrada do problema na agenda pública; estruturação do problema, conjunto de soluções possíveis, análise dos pontos positivos e negativos das mesmas, tomada de decisão, implementação e avaliação.

Os autores ressaltam também que as políticas públicas, na perspectiva do Direitos Humanos, devem respeitar as obrigações internacionais assumidas pelo Estado, guiado por um elemento central: a dignidade humana.

Para Vázquez e Delaplace (2004), o principal objetivo das políticas públicas na perspectiva dos Direitos Humanos é o cumprimento do direito de todas as pessoas. E tem, portanto, como características principais o empoderamento das pessoas e o cumprimento dos padrões internacionais em matéria de Direitos Humanos.

Em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Constituição Federal brasileira de 1988 determinou, no artigo 205, que "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

A mencionada determinação constitucional evidencia a necessidade de interação dos direitos humanos, da cidadania e da educação para um Estado Democrático de Direito, garantindo o exercício de direitos e liberdades fundamentais da condição humana.

Guerra (2016) afirma que a finalidade da Educação em Direitos Humanos é proporcionar mudança e transformação social. Ela tem como objetivo a formação para a

vida e para a convivência.

Segundo Benevides (2007), a Educação em Direitos Humanos tem três pilares: a educação permanente, continuada e global, a mudança cultural e a educação em valores.

Por conseguinte, as Políticas Públicas voltadas para a Educação em Direitos Humanos devem englobar as minorias e grupos vulneráveis, como por exemplo, mulheres, crianças, idosos, deficientes e LGBT, enquanto titulares de direitos.

Nesse contexto, Muniz (2017) acredita que são necessários investimentos que promovam a transformação de uma cultura de violência contra as mulheres em uma cultura de respeito, estes podem ser a igualdade de/entre os gêneros e a educação.

Para a autora, a educação, em sentido amplo, em prol da defesa dos direitos das mulheres e do combate à violência de gênero, pode se dar em diferentes âmbitos de forma múltipla, diversificada e continuada, como, por exemplo, em políticas públicas para a igualdade de gênero, campanhas cotidianas, dentro de casa, nas escolas, nas ruas, nas redes sociais, serviços especializados no atendimento às vítimas da violência doméstica, medidas legais e penais mais severas, ampliação dos espaços institucionais, cursos, fóruns de debates e seminários, dentre outras ações.

Nessa perspectiva, para Voet (2015), seria necessário começar a buscar a prevenção da violência muito cedo, ainda na educação primária, com as crianças. Assim, a igualdade na escola deve se dar de forma a promover e valorizar as diferenças e que a prevenção da violência na escola requer o desenvolvimento de um processo colaborativo entre todos - escola, professores, gestores, funcionários, crianças, familiares, comunidade, polícia, igreja, hospitais.

Voet (2015) defende, portanto, que a igualdade na escola deve se dar de forma a promover e valorizar as diferenças, com o devido apoio e recursos que atendam às necessidades dos estudantes. Para ela, só haverá as condições para prevenir a violência e desenvolver unidades de ensino livres de violência, quando houver avanços e conquistas reais em relação à equidade.

Segundo a autora, são requisitos para a prevenção da violência na escola: o desenvolvimento de um processo colaborativo entre todos, que envolva a escola, os professores, os gestores, os funcionários, as crianças e seus familiares e a comunidade; mobilização de instituições, como a polícia, a igreja e os hospitais; linhas de comunicação entre todos; e treinamento de todos para a prevenção e igualdade.

São estratégias preventivas: inserir a igualdade em todas as disciplinas e planos

de estudos; qualificação dos recursos humanos; avaliação de todas as etapas do processo colaborativo; e renovação e mudança do programa de acordo com a avaliação.

Desse modo, é necessário que o ambiente de aprendizagem colaborativo esteja centrado nas necessidades dos alunos, ofereça serviços na escola para as vítimas e lhes apoie.

Por esse ângulo, Jesus (2010) afirma que a violência contra a mulher é um problema complexo, que exige um enfrentamento a partir de trabalho em rede, envolvendo serviços diversos.

Nesse viés, de acordo com Carapia (2015), deve-se elaborar estratégias e processos educativos para viabilizar, desnaturalizar, identificar sutilezas e limites da violência de gênero, sobretudo a violência contra as mulheres.

Do mesmo modo, para Ramos (2015), a escola deve ser um ambiente de reflexão sobre os fatos que geram e perpetuam a violência de gênero, atuando também para a contenção social e oferecendo pautas de auxílio às vítimas; é um laboratório de relações vinculadas que deveria proporcionar a aprendizagem de formas de se relacionar não violentas para alunos e docentes.

Todavia a autora observa que falar sobre violência intrafamiliar na escola ainda assusta, por referir-se ao âmbito privado, e docentes e formadores de professores não reconhecem a importância de discutir tal temática. Evidencia-se, assim, a dificuldade de tratar desse conteúdo com os docentes. Porém é fundamental que os docentes estudem a violência de gênero como fenômeno sociológico e tenham ferramentas para reflexão. A formação docente, então, é o caminho para ser protagonista da mudança.

Carapia (2015) propõe algumas ações que podem possibilitar a eliminação da violência de gênero, como, por exemplo: a superação dos aspectos biológicos, do animal, com a cultura, o conhecimento, a educação, os sentimentos e as ações sociais; a criação de uma forma de vida baseada na cooperação, na equidade, nos valores, nos direitos humanos e sociais do homem e da mulher; entender que as mulheres foram violentadas por todas as instituições e dimensões da sociedade e da cultura para valorizá-las como sujeitos de direitos e obrigações; e construir relações entre homens e mulheres baseadas no reconhecimento, no respeito e nos direitos humanos, descontruindo, dessa forma, os papéis de gênero histórica e socialmente estabelecidos.

Para o desenvolvimento das referidas ações é necessário que se tenha uma visão interdisciplinar e integral, a partir da perspectiva de gênero, das políticas públicas, da

política internacional, das leis, dos direitos humanos, da cultura e de sua valorização, aplicação e desenvolvimento no cotidiano, promovendo, assim, uma reeducação, reorganização e consciência na sociedade.

Por conseguinte, é imperioso que o enfrentamento à violência contra a mulher ocorra em todos os âmbitos da sociedade brasileira, sobretudo no ambiente escolar. A prevenção da violência contra a mulher exige a promoção de políticas públicas voltadas para a educação em Direitos Humanos, assim como o envolvimento da comunidade em geral em um trabalho articulado e cooperativo.

4 OBSERVAÇÃO PARTICIPANTE E CONTEXTO DO UNIVERSO DA PESQUISA

No período de 22/10 a 27/11/2018, foram aplicados 133 questionários, 70 estudantes do sexo feminino e 63 do masculino, na faixa etária de 16 a 19 anos, em uma escola pública de Ensino Médio de Ceilândia. Esta tem 1.620 estudantes, distribuídos em 42 turmas da 1ª, 2ª e 3ª séries, e funciona nos três turnos.

Criada em 1971, Ceilândia é a maior Região Administrativa do Distrito Federal, concebida a partir da Campanha de Erradicação de Invasões - CEI, que deu origem ao seu nome. Surgiu da necessidade de relocação da população que morava em áreas não regulares. Naquela ocasião, 82.000 moradores foram transferidos para a nova cidade.

Segundo dados da Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílios - PDAD (2018), a estimativa populacional urbana do Distrito Federal é 2.894.953 habitantes e em Ceilândia há 430.293 pessoas.

Com relação à raça/cor da pele, segundo o PDAD (2018), em Ceilândia há 52,8% de parda, 33,2% de branca, 12,3% de preta e 1,2% de amarela.

5 PROBLEMATIZAÇÃO DAS FALAS E DOS DADOS

Uma das indagações constantes no questionário de pesquisa se refere ao conhecimento ou desconhecimento do entrevistado acerca das leis de proteção e políticas públicas de prevenção à violência contra a mulher. Foi apresentado um rol com alguns mecanismos legais com esse fim.

Os resultados obtidos seguem abaixo.

1. Você conhece alguma lei de proteção à mulher e/ou alguma política pública

de prevenção à violência contra a mulher?

	Feminino	Masculino
Sim	60	45
Não	6	14
Não responderam	4	4
Total de entrevistados	**70**	**63**

Se a resposta foi sim, qual/quais?

	Feminino	Masculino
Lei Maria da Penha	68	42
Lei do Feminicídio	4	5
Delegacia da Mulher	3	Ø
Disque Denúncia (180)	1	1
Constituição Federal	Ø	11
Medida restritiva	1	Ø
Lei de importunação sexual	Ø	1
Não respondeu	1	3
Total de entrevistados	**70**	**63**

Logo, pode-se observar que, dentre os sujeitos de pesquisa, apenas 20 deles afirmaram não conhecer nenhuma lei de proteção à mulher e/ou política pública de prevenção à violência contra a mulher e 8 não responderam a este quesito. Dos que disseram ter algum conhecimento sobre esse aspecto, todos dizem conhecer a Lei Mª da Penha (110), além de a Constituição Federal (11), a Lei do Feminicídio (9), a Delegacia da Mulher (3), o disque denúncia (2), a medida restritiva (1) e a Lei de importunação sexual (1).

Desse modo, os dados demonstram que a maioria dos entrevistados identifica a Lei Mª da Penha como um dispositivo legal preventivo e protetivo para mulher. Esta constatação é reflexo de projetos desenvolvidos sobre a temática na escola campo de pesquisa, os quais propiciaram que a instituição de ensino em questão fosse vitoriosa no

I Prêmio Maria da penha Vai à Escola, em 2019.

O Prêmio Maria da Penha vai à Escola foi idealizado pelo Núcleo Judiciário da Mulher (NJM) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e tem como objetivo identificar e premiar as atividades bem-sucedidas já executadas nas escolas, como forma de valorizar os profissionais da educação e disseminar as boas práticas para os demais estabelecimentos de ensino do DF, tendo em vista a formação de uma cultura de respeito à mulher desde a infância.

Por outro lado, no questionário de pesquisa, verifica-se também o desconhecimento dos sujeitos sobre os outros instrumentos governamentais para a prevenção e proteção da mulher, o que expressa a necessidade de divulgação, estudo e discussão deles no meio estudantil.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada demonstra que, à exceção da Lei Mª da Penha, os sujeitos de pesquisa, estudantes de Ensino Médio de uma escola pública de uma cidade satélite do Distrito Federal - Ceilândia, desconhecem os diversos mecanismos públicos disponíveis para a prevenção da violência e proteção à mulher.

Ressalta-se que a instituição de ensino, campo de pesquisa, foi vencedora do I Prêmio Maria da Penha Vai à Escola, em 2019, a partir de projetos desenvolvidos sobre o tema, fato que reverbera no resultado obtido, qual seja: quase a totalidade dos entrevistados reconhecem a Lei Mª da Penha como um mecanismo público de prevenção à violência e proteção à mulher.

Portanto, a conclusão alcançada expressa a imprescindibilidade de o Estado desenvolver políticas públicas para a educação em e para os direitos humanos, tendo também como objetivo o enfrentamento da violência contra a mulher.

As Políticas Públicas pela prevenção da violência contra a mulher indicam a incapacidade estatal para cumprir plenamente o seu dever de proteção às mulheres, posto que a violência contra elas é um fenômeno generalizado e continua a ser praticada com impunidade.

Nesse contexto, destaca-que as desigualdades reais e expressivas entre homens e mulheres foram construídas histórica e socialmente. Foram definidos papéis sociais diferenciados para cada gênero dentro da sociedade. Tais papéis surgiram a partir de discursos e ideologias de dominação que consideravam, e ainda consideram, a mulher

como naturalmente inferior, dependente e submissa ao homem. Isto é, ao longo dos séculos, a mulher foi violentada pelo homem de diversas maneiras. Uma violência silenciada, naturalizada e tolerada pela sociedade.

Desse modo, a violência contra a mulher ainda é um problema muito comum e crescente que atinge uma grande parcela da população brasileira e urge por soluções.

Nessa perspectiva, a escola deve ser um lugar propício para a promoção de políticas públicas voltadas para a educação em e para os Direitos Humanos, de forma a proporcionar um ensino pautado no respeito a todos, sem qualquer distinção, seja de gênero, nacionalidade, etnia, cor da pele, faixa etária, opinião política, religião, entre outras.

Destarte, a Educação em Direitos Humanos deve impedir a disseminação de atos violentos e proporcionar a formação de cidadãos engajados no enfrentamento à violência contra a mulher. Logo, deve-se desencadear um processo de formação ético, guiado pela justiça, diversidade e igualdade.

Os fenômenos violentos recorrentes demandam reflexões e atuações multissetoriais e interdisciplinares que possam atingir a estrutura de gênero presente em valores culturais que propagam uma realidade social desigual e conflituosa entre homens e mulheres.

Logo, faz-se necessário que haja uma atenção maior sobre o tema. As autoridades, através de políticas públicas efetivas direcionadas para a educação em e para os Direitos Humanos, e a sociedade civil devem promover o enfrentamento à violência de gênero.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Letícia Franco de. **VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**: a ineficácia da justiça penal consensuada. Campinas, SP: Lex, 2003, p. 92 – 99.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência, gênero e poder: múltiplas faces. In: **MULHERES E VIOLÊNCIAS**: interseccionalidades. Organização Cristina Stevens, Susane Oliveira, Valeska Zanello, Edlene Silva, Cristiane Portela. - Brasília, DF: Technopolitik, 2017. p. 14-35.

BENEVIDES, Maria Victoria. **EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS**: do que se trata? Disponível em http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Etica/9_benevides.pdf. Acesso em 5 abr. 2020.

BESERRA, Maria Aparecida *et al.* Prevalência de violência no namoro entre adolescentes de escolas públicas de Recife/PE – Brasil. In: REVISTA DE

ENFERMAGEM REFERÊNCIA, série IV, nº 7 – out./nov./dez, 2015.

BRANCAGLIONI, B. C. A.; FONSECA, R. M. e. S. Violência por parceiro íntimo na adolescência: uma análise de gênero e geração. In: **REVISTA BRASILEIRA DE ENFERMAGEM**, v. 69, n. 5, 2016, p. 946-955.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm. Acesso em 07 abr. 2020.

_____. LEI MARIA DA PENHA. Lei N.°11.340, de 7 de agosto de 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* Direitos humanos e políticas públicas. In: **CADERNOS PÓLIS (2)**. São Paulo, Pólis, 2001. 60p.

CARAPIA, Julia del Carmen Chávez. Educación para prevenir la violencia de género y construir la igualdad de género en los espacios universitarios. In: **EDUCAÇÃO, MULHERES, GÊNERO E VIOLÊNCIA**. Tânia Suely Antonelli Marcelino Brabo (org.). – Marília: Oficina Universitária. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. p. 71-82.

CODEPLAN. **PESQUISA DISTRITAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS - PDAD**: Ceilândia. Brasília: Governo do Distrito Federal, 2019. Disponível em http://www.codeplan.df.gov.br/pdad/ Acesso em 15 jun 2019.

G1**. MONITOR DA VIOLÊNCIA**: feminicídios no Brasil. Disponível em http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2018/feminicidios-no-brasil/ Acesso em 18 jun 2019.

GUERRA, Sidney. **DIREITOS HUMANOS**: curso elementar. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JESUS, Damásio de. **VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006. São Paulo: Saraiva, 2010.

MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. As feridas abertas da violência contra as mulheres no Brasil: estupro, assassinato e feminicídio. In: **MULHERES E VIOLÊNCIAS:** interseccionalidades. Organização Cristina Stevens, Susane Oliveira, Valeska Zanello, Edlene Silva, Cristiane Portela. - Brasília, DF: Technopolitik, 2017. p. 36-49.

ONU. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.** Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 1948. Disponível em https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em 07 abr. 2020.

RAMOS, Gabriela Alejandra. ¿Cómo la Escuela nos Transforma de Espectadoras en Protagonistas? Adultas Silenciando la Violencia de Género. In **EDUCAÇÃO, MULHERES, GÊNERO E VIOLÊNCIA**. Tânia Suely Antonelli Marcelino Brabo (org.). – Marília: Oficina Universitária. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. p. 39-51.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. In **CADERNOS PAGU (16),** 2001. p. 115-136.

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO DF. **RELATÓRIOS DE CRIMES COMETIDOS CONTRA MULHERES**. Brasília: SSP/DF, 2019. Disponível em http://www.ssp.df.gov.br/violencia-contra-a-mulher/ Acesso em 15 abr. 2020.

SOUZA, Tatiana Machiavelli Carmo; PASCOALETO, Tainara Evangelista; MENDONÇA, Nayra Daniane. Violência contra mulher no namoro: percepções de jovens universitários. In: **REVISTA PSICOLOGIA E SAÚDE**, v. 10, n. 3, set./dez. 2018, p. 31-43.

VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitile. (2004) Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção. In: **REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS**, v.1, n.1: 25-66, (janeiro). Disponível em https://sur.conectas.org/politicas-publicas-na-perspectiva-de-direitos-humanos/. Acesso em: 15 abr. 2020.

VOET, Susan McCrae Vander. Violencia contra la mujer y prevención de violencia en las escuelas: un modelo. In: **EDUCAÇÃO, MULHERES, GÊNERO E VIOLÊNCIA**. Tânia Suely Antonelli Marcelino Brabo (org.). – Marília: Oficina Universitária. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. p. 31-38.

HELEN JOSIE SANTOS AMARAL

USO DE ALGEMAS: constrangimento ilegal ou garantia a segurança?

Monografia de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção de título de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília.

Orientador: Prof. Esp. Wilson Bandeira

Brasília/DF
2020/1

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram no decorrer desta jornada, em especialmente:

A Deus, a quem devo minha vida, por me proporcionar perseverança sempre.

Ao meu querido esposo Raniere, pelo seu amor incondicional e por me incentivar e compreender minha dedicação ao projeto de pesquisa, e por estar sempre presente nos momentos difíceis com uma palavra de incentivo.

Aos meus pais Maria Helena e Jose Cândido (in memoria) pela confiança no meu progresso, pelo apoio e incentivo, que serviram de alicerce para as minhas realizações, me fazendo transformar os seus sonhos em meus.

Aos meus irmãos Claudio e Carlos pela amizade e atenção dedicadas quando sempre precisei.

Ao meu professor orientador Wilson Bandeira pelas valiosas contribuições dadas durante o processo.

A todos os meus amigos do curso de graduação, pelas trocas de ideias e ajuda mútua pelos inúmeros desafios que enfrentamos, sempre com o espírito fraterno e colaborativo.

Também quero agradecer à Universidade Iesb e o seu corpo docente que demonstrou estar comprometido com a qualidade e excelência do ensino.

Sumário

INTRODUÇÃO 64

CAPITULO I - CONTEXTO GERAL DO USO DE ALGEMAS 66

1.1.1. História do uso de algemas. *66*

1.1.2. O uso de algemas no ordenamento jurídico brasileiro..... 67

1.1.3. Lei de Execução Penal..... 70

1.1.4. O Código de Processo Penal..... 73

1.1.5. O uso de algemas em criança, adolescente e mulheres gestantes no cárcere; 79

CAPITULO II - PRINCIOLOGIA E DIREITOS APLICADOS AO USO DE ALGEMAS83

2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana. *84*

2.1.1 O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade..... 87

2.1.2. O princípio da presunção de inocência. 88

2.1.3. O abuso de autoridade e o constrangimento ilegal. 91

CAPITULO III - A PROBLEMATIZAÇÃO DO USO DE ALGEMAS 94

3.1. História da Súmula Vinculante n. º11 do STF. *94*

3.2. Posicionamento atual da Corte Superior ainda acerca do tema. *95*

3.3 Inconstitucionalidades da Súmula Vinculante n. º 11 do STF *96*

CONCLUSÃO100

REFERÊNCIAS101

INTRODUÇÃO

O emprego de algemas representa importante instrumento na atuação prática policial, uma vez que possui tríplice função: proteger a autoridade contra a reação do preso; garantir a ordem pública ao obstaculizar a fuga do preso; e até mesmo tutelar a integridade física do próprio preso, a qual poderia ser colocada em risco com a sua posterior captura pelos policiais em caso de fuga.

O Brasil é consagrado, com princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, sendo reconhecido como Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil. Por ser um Estado democrático, visa-se o equilíbrio dos direitos em prol do ser humano. Desse modo, será visto num contexto amplo o uso de algemas e limitações enfrentadas por atuadores da segurança pública.

O uso de algemas, para muitos, ainda é um assunto tempestuoso, pois uma parte acredita ser imprescindível essa pratica, tendo em vista a busca por segurança, pois seria um meio de conter a pessoa a qual está cometendo algum tipo de delito, muitas vezes por devaneio, por uso de entorpecentes, por agressão aos próximos e também a sensação de satisfação, quando aqueles que praticam ilícitos são capturados e presos pelas policias dos Estados.

Lado outro, temos aqueles que praticam pequenos delitos que muitas vezes não trazem risco tão grande a população, e outros fatores que não é sabido necessariamente ter aquela pessoa que está aprisionado pela algema, como aquelas pessoas que não estejam em posse de armas de fogo ou como uma pessoa idosa que não ofereçam risco quando no momento de sua prisão, quando a sociedade ou aos órgãos atuadores fazem a sua apreensão.

Os fatores determinantes são as buscas pelos direitos dos cidadãos, se o uso de algemas fere o princípio da dignidade da pessoa humana ou algum outro princípio Constitucional, se mesmo cometendo algum tipo de infração penal é necessário o uso de algemas. Será abordada a legalidade ou ilegalidade a essa prática, se é imprescindível para a segurança dos demais e se oferece riscos a Sociedade.

O presente trabalho inicia com a introdução, passando a frete aos capítulos destinados a apresentação de aspectos, históricos e conceituais sobre o uso de algemas no ordenamento Jurídico brasileiro. Será tratado o uso de algemas em crianças, adolescentes e mulheres gestantes no cárcere, sendo de suma importância a abordagem dos temas e tem como objetivo compreender como deve ser evitado em razão do trauma que será gerado.

Será observado sua evolução histórica que poderá ser associado a atualidade no que tange à figura do desprezo social e da marca criminosa, que não pode ser desconsiderada totalmente.

O capitulo tratara do uso de algemas, aspectos principiológicos, sobre abuso de autoridade e o constrangimento ilegal, visto que o abuso de autoridade é uma espécie de abuso de poder marcado pela arbitrariedade e pela ofensa constante aos Direitos dos cidadãos.

CAPÍTULO I - CONTEXTO GERAL DO USO DE ALGEMAS

1.1.1. História do uso de algemas.

As algemas são instrumentos que visam à imobilização da pessoa. Fernanda Herbella, em sua obra "Algemas e a dignidade da pessoa humana" menciona que a utilização de algemas tem origem remota, ou seja, desde os tempos dos mesopotâmios, há 4.000 anos atrás, quando já havia relatos de que prisioneiros tinham suas mãos atadas.

É verdade que antigamente se utilizavam instrumentos mais rústicos, como cordas e couros, até chegar aos tempos atuais, em que utiliza material metálico, porém sem ofender a integridade física do detido. Nesse contexto, observe a etimologia da palavra algema, citada por Uélton Santos Silva:

> A palavra algema origina-se de "Al jamad", que, em árabe, significa pulseira. Referido vocábulo passou a integrar o léxico da língua portuguesa devido à influência da cultura árabe-sarracena na Península Ibérica. Nas ordenações do Reino de Portugal, a expressão era utilizada no sentido de instrumento para tolher os dedos polegares ou os pulsos, de modo a restringir os movimentos dos braços (SILVA, 2017, p. 36).

O autor explica que o significado do vocábulo algema, é oriundo do árabe, e significa pulseira, sendo que assim evita movimento dos braços do preso. A Bíblia também menciona o uso de algemas, um dos exemplos é na Carta a Timóteo, que menciona que "a palavra de Deus não está algemada". Outro exemplo bastante significativo é no capítulo 12, versículo 6 do livro de Atos dos Apóstolos, quando se pode observar que Pedro dormia entre dois soldados, acorrentado com duas cadeias no sentido de algemas. Na época medieval utilizavam-se algemas com o objetivo de quebrar os dedos das pessoas acusadas de bruxarias. (BIBLIA, 2018).

Ressalte-se que com o passar dos tempos foram aperfeiçoados os formatos e materiais das algemas, até o surgimento das algemas com travas, para impedir que o detido seja lesionado por si mesmo ou por outrem excepcionalmente são utilizadas fitas plásticas como algemas, sendo que o uso se justifica quando da falta de algemas tradicionais, em caso de obesidade ou quando se intenta prender várias pessoas.

A algema também esteve presente na época da escravidão só que com algumas modificações em suas formas. Com a fragilidade das cordas, passou-se a fabricar algo mais resistente, difícil de ser removido e que se prende de modo firme os pulsos ou tornozelos, o grilhão, um instrumento de metal ligado entre si por correntes ou barras, de acordo com

XIMENES (2001, p.441): “Grilhão: corrente que prende condenados”.

Essas correntes eram utilizadas para transportar escravos, como também utilizados para mantê-los presos nos bancos das galés enquanto remavam, mas, mesmo com sua resistência, apresentavam certos problemas, eles não eram reguláveis, ou seja, era necessário dispor de diversos grilhetas em diversos tamanhos, já que existiam escravos com pulsos ou mãos mais finos que a média, como também pessoas mais robustas, fazendo com que os grilhões ficassem mais apertados ou mais folgados de acordo com a forma física de cada escravo.

Durante a história o uso de algema causou grande sofrimento tanto físico quanto psíquico, uma vez que seu uso também foi utilizado como forma de humilhar, maltratar, castigar as pessoas, ocasião esta que passou a simbolizar a opressão, o que causou aos doutrinadores do período iluminista uma revolta, fazendo com que rejeitassem o uso das algemas como uma espécie de pena, passando a defender a sua utilização mais para segurança do acusado, do que como castigo.

1.1.2. O uso de algemas no ordenamento jurídico brasileiro

Donaldo J. Felippe (1992, p.1) define algemas como “braceletes de ferro, ligados por pequenas correntes, com os quais se prendem, pelos pulsos, prisioneiros perigosos”. Complementa Capez (2016, p.257) que a algema é uma palavra originária do idioma arábico, aljamaa, que significa pulseira.

A ilustre autora Maria Helena Diniz (2015, p.162) conceitua que a algema é uma pulseira metálica, dotada de fechadura, empregada para prender os braços de uma pessoa pelos punhos, na frente ou atrás do corpo.

Segundo o advogado Moisés Reis apud Machado (2017, p.02): Algemar, sem uma real e sensata motivação, é violação que jamais deverá ser tolerada. Além de constituir transgressão à lei, fere de morte o consagrado princípio constitucional da presunção de inocência, isso porque a sociedade, quando visualiza um preso algemado, deduz que o mesmo seja culpado. No entanto, existem situações nas quais não justificam o uso de algemas; outras, sim.

Assim, nota-se que a utilização das algemas não visa somente garantir a segurança pública, mas também como meio de castigar e humilhar os infratores da lei. Segundo Mirabete (2017, p.395) o estudo do uso das algemas também está relacionado na doutrina quando do

emprego de força nos casos de resistência ou de tentativa de fuga do preso, ou ainda de deslocamento do preso.

Segundo Nucci (2016, p.580), a ordem legislativa determina que "não será permitido o emprego de força", a exceção "salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso". Assim, revela-se que a prisão ou encaminhamento do preso deve ocorrer sem violência, exceto quando o preso resistir ou tentar fugir.

Portanto, parece injustificável, ilegal e inconstitucional (art. 5º, XLIX, CF) o uso indiscriminado de algemas, mormente quando se tratar de presos cuja periculosidade é mínima ou inexistente.

Amplia este entendimento Nucci (2016, p.579), afirmando que a força pode ser utilizada no caso em que houver resistência ou tentativa de fuga. Trata-se de causa garantidora de um dever legal, com reflexos no contexto penal, significando a possibilidade de, havendo lesões ou outro tipo de dano ao preso, alegue, em seu favor, à autoridade policial, o estrito cumprimento do dever legal.

Isso não significa que a lei autoriza, em hipótese alguma, a violência extrema, haja vista que se está a ocorrer, não há viabilidade em alegar o estrito cumprimento do dever legal eventualmente, resistindo ativamente o preso e investindo contra os policiais, podem estes alegar legítima defesa e, nessa hipótese, se houver necessidade, dentro dos critérios de moderação que regem a excludente (art. 25 do CP), até matar o agressor (NUCCI, 2016, p.580).

Preceitua o art. 9º da Lei nº 13869/2019 (abuso de autoridade) constituir crime "ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder", além de "submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei". Por isso, Nucci (2016, p.580) aponta que algemar, com emprego de força, quem não apresenta risco algum para a efetivação do ato, constitui delito de abuso de autoridade. Um relato de um soldado apresentado por Almeida destacou que:

> Eles estão tirando o poder da polícia e dando para os bandidos, pois, hoje, nós não podemos nem sequer algemar um meliante mais, porque se algemar e ficar a marca da algema no braço, e for fazer exame de corpo de delito, o policial militar vai responder administrativamente, podendo ser punido. Nós achamos que os direitos humanos estão com excesso de exigência para as ações da Polícia Militar [...] (ALMEIDA, 2010, p.299).

Referência Maria Elizabeth Queijo apud Távora e Alencar (2009, p.456) que só se admite a contenção física de alguém, por meio de algemas, quando houver resistência, perigo de fuga, ameaça à vida ou à integridade física de terceiros, sendo que quando o perigo não é

presumido, deve ser apurado objetivamente, a partir de informações que constem de registros policiais, judiciais ou mesmo do estabelecimento prisional.

Leciona Herbella (2010, p.14) que em conformidade ao Código de Processo Penal e outras normas esparsas, nas situações em que o preso seja perigoso, o elemento necessidade de segurança irá sobrepujar o dano à sua imagem, pois é uma pessoa da qual se pode esperar algum ato de violência, ou tentativa de fuga. Assim, o uso de algemas será feito como recurso útil e necessário para a segurança dos agentes da lei, do próprio prisioneiro e de terceiros.

Fundamenta Tourinho Filho (2011, p.469) que se a lei não autoriza o uso de algemas, salvo a hipótese de resistência ou tentativa de fuga, comete o policial abuso de autoridade. As prisões de Jader Barbalho, Flávio Maluf e dos Presidentes do Tribunal de Justiça e da Assembleia Legislativa de Rondônia são exemplos que não devem ser repetidos, pois implicaram manifesto constrangimento ilegal.

Nesse contexto, os dogmas constitucionais, como os previstos no art. 5º, III ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, e LIV (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal) foram malferidos. Assim, no caso de algemas, sem que o preso ofereça resistência, têm elas apenas uma finalidade: rebaixar, humilhar e envilecer o cidadão (TOURINHO FILHO, 2011, p.469).

Deve-se analisar o uso de algemas sob dois aspectos, ambos embasados em princípios jurídicos básicos, que devem nortear a resolução da discussão: de um lado, a igualdade de todos perante a lei; e de outro, o direito a ser considerado inocente até sentença condenatória transitada em julgado. Considera-se ainda os danos, por vezes irreparáveis, que podem ser causados à imagem de uma pessoa, colocando-a em posição humilhante. Portanto, a aplicação do princípio da igualdade exige que ela seja tratada com respeito, desde que não represente perigo à coletividade ou ao agente da autoridade (HERBELLA, 2008, p.15).

Dentre os doutrinadores, nota-se que de um lado o operador do direito depara-se com o comando constitucional que determina ser a segurança pública dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio por meio dos órgãos policiais (art. 144 da Constituição Federal de 1988).

De outro lado, do texto constitucional emanam princípios de enorme magnitude para a estrutura democrática, tais como o da dignidade humana e presunção de inocência, os quais não podem ser sobrepujados quando o Estado exerce a atividade policial (CAPEZ, 2009, p.257).

De certa forma, a Constituição Federal preceitua ser dever do Estado a segurança pública, sendo assegurados os meios que a garantam. Assim, os órgãos policiais legitimados a empregar os instrumentos necessários para tanto, como a arma de fogo e o uso de algemas, por exemplo. Nesse contexto, Capez (2009, p.258) conceitua que o emprego de algemas representaria um importante instrumento na atuação prática policial, uma vez que possui tríplice função:

a) proteger a autoridade contra a reação do preso;

b) garantir a ordem pública ao obstaculizar a fuga do preso;

c) tutelar a integridade física do próprio preso, a qual poderia ser colocada em risco com a sua posterior captura pelos policiais em caso de fuga.

Essa tríplice função visa garantir a segurança pública e individual, sendo que tal instrumento deve ser utilizado com reservas, pois se desviado de sua finalidade, pode constituir drástica medida, com caráter punitivo, ou seja, nefasto meio de execração pública, configurando grave atentado ao princípio constitucional da dignidade humana (CAPEZ, 2009, p.258).

Analisa Capez (2009, p.258) que a Constituição Federal, em seu art. 5º, III, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante, e em seu inciso X, protege o direito à intimidade, à imagem e à honra. A Constituição Federal também consagra, como princípio fundamental, o respeito à dignidade humana (CF, art. 1º, III).

Ressalta-se que cada vez mais foram criadas novas algemas, alguns tipos não se sucederam ao passar do tempo. No entanto, ainda existem policiais que compram algemas sem travas, mesmo sabendo que seu uso é inadequado.

As regras mínimas da ONU para tratamento de prisioneiros, na parte que versa sobre instrumentos de coação, estabelecem que o emprego de algemas jamais poderá dar-se como medida de punição.

Desse modo, a segurança publica do Estado deve adotar todos os procedimentos relativos, no que concerne ao uso de algemas, tendo em vista o risco não somente a pessoas, consumidores, mas também a própria integridade do policial ou agente.

1.1.3. Lei de Execução Penal

No Brasil, não existe legislação nacional específica quanto ao emprego de algemas, o que ocorre também na maior parte dos Estados. No Estado de São Paulo, o uso de algemas está normatizado por meio do Decreto Estadual nº 19.903, de 30 de outubro de 1950.

Art. 1°. O emprego de algemas far-se-á na Polícia do Estado, de regra, nas seguintes

> Diligências:
>
> 1°. Condução à presença da autoridade dos delinquentes detidos em flagrante, em virtude de pronúncia ou nos demais casos previstos em lei, desde que ofereçam resistência ou tentem a fuga;
> 2°. Condução à presença da autoridade dos ébrios, viciosos e turbulentos, recolhidos na prática de infração e que devam ser postos em custódia, nos termos do Regulamento Policial do Estado, desde que o seu estado externo de exaltação torne indispensável o emprego de força;
> 3°. Transporte, de uma para outra dependência, ou remoção, de um para outro presídio, dos presos que, pela sua conhecida periculosidade, possam tentar a fuga durante diligência, ou a tenham tentado, ou oferecido resistência quando de sua detenção.
> Art. 2º. Os abusos e irregularidades, no emprego do meio de contenção de que trata o presente Decreto, serão levados ao conhecimento do Secretário da Segurança Pública ou aos Delegados Auxiliares, que procederão, rigorosamente, contra as autoridades ou agentes faltosos, instaurando os procedimentos cabíveis à completa apuração de sua responsabilidade e aplicando as penas correspondentes nos termos da legislação em vigor (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃOPAULO, 1950).

Nota-se que a legislação paulista faz menção ao uso de algemas nos casos de resistência e tentativa de fuga do preso. Cita Brod (2009, p.17) que a Lei Estadual Paulista n° 12.906, de 14 de abril de 2008, prevê o uso de algemas e tornozeleiras eletrônicas para monitorar presos que cumprem pena em regime aberto ou semiaberto. Esta lei tem como objetivos tornar a fiscalização dos presos mais efetiva, garantir que retornem após as saídas temporárias autorizadas e reduzir os custos de manutenção do custodiado. Desta forma, o Estado de São Paulo tem regramento próprio dispondo sobre a contenção de pessoas por meio das pulseiras de metal. O art. 199 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), *in verbis* referência que:

> Art. 199. O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal. Mesmo com essa determinação regida pela Lei de Execução Penal (LEP), até hoje o decreto federal não foi criado, tornando o uso de algemas arbitrário para os responsáveis pela Segurança Pública.

Para Távora e Alencar (2009, p.456), o art. 199 da LEP remete a disciplina do uso de algemas a decreto federal, ainda inexistente, restando a advertência que as mesmas só podem ser utilizadas quando estritamente necessárias pelas circunstâncias, não podendo simboliza verdadeiras pulseiras de prata para desmoralizar aqueles que são presos, principalmente quando em trânsito perante as câmeras ou nas audiências, dando ensejo à caracterização do abuso de autoridade.

O primeiro projeto de lei que pretendeu regulamentar o art. 199 da Lei de Execução Penal foi proposto pelo senador Jamil Haddad e recebeu o n° 241/1986, sendo arquivado ao fim da legislatura do referido parlamentar. No ano seguinte, o senador insistiu em seu propósito,

por meio do PLS n° 41/1987, o qual mais uma vez não chegou a ser apreciado. Já em 1991, como deputado federal, Jamil propôs o PL n° 1.918/1991, que tramitou durante oito anos até ser arquivado em 1999. Em 2007, o PL n° 4/2007, de autoria do deputado Carlos Lapa, também não se desincumbiu de regulamentar o uso de algemas, restando arquivado nesse mesmo ano. Há na Câmara dos Deputados 13 projetos apensados com o tema algemas que tramitam em conjunto e aguardam votação, são eles: PL n° 2.753/2000, PL n°3.287/2000, PL n° 4.537/2001, PL n° 5.494/2005, PL n° 5.858/2005, PL n° 2.527/2007, PL n°3.506/2008, PL n° 3.746/2008, PL n° 3.785/2008, PL n° 3.887/2008 PL n° 3.888/2008, PL n°3.889/2008 e PL n° 3.938. Há ainda o Projeto de Decreto Legislativo – PDC n° 853/2008.

No Senado Federal tramita o PLS n° 185/2004 (BROD, 2009, p.09). Complementa Silva Filho (2009, p.06) que Projeto de Lei do Senado (PLS) nº185/2004, cujo teor pretende disciplinar o emprego de algemas, contém as hipóteses previstas no art. 2º do citado Projeto, que regem:

> Art. 2°.
> I. durante o deslocamento do preso, quando oferecer resistência ou houver fundado receio de tentativa de fuga;
> II. quando o preso em flagrante delito oferecer resistência ou tentar fugir; III. Durante audiência perante autoridade judiciária ou administrativa, se houver fundado receio, com base em elementos concretos demonstrativos da periculosidade do preso, de que possa perturbar a ordem dos trabalhos, tentar fugir ou ameaçar a segurança e a integridade física dos presentes;
> IV. em circunstâncias excepcionais, quando julgado indispensável pela autoridade competente;
> V. quando não houver outros meios idôneos para atingir o fim a que se destinam (BRASIL, 2004 apud SILVA FILHO, 2009, p.06).

Nota-se no Projeto de Lei do Senado nº 185/2004 que o uso de algemas se faz no caso de prisão em flagrante quando o preso oferecer resistência ou tentar fugir. O que ultrapassar esses limites implicará em manifesto abuso de autoridade, previsto na Lei nº4.898, de 09 de dezembro de 1965, em seu art. 3º, i, "constitui abuso de autoridade qualquer atentado à incolumidade física do cidadão"; art. 4º, b, "constitui também abuso de autoridade submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei".

O Projeto de Lei do Senado nº 185/2004 continua a compreender o uso de algemas como fato que deve ser evitado, de caráter não generalizado, só podendo ser conduzido a efeito em situações singulares, específicas, de caráter excepcional, observando-se inquestionável necessidade, não podendo esta necessidade imperiosa ser deduzida a partir da gravidade dos delitos nem da presunção de periculosidade do réu, tudo em consonância com os princípios e

dispositivos constitucionais, além da obediência aos Tratados Internacionais assinada pelo Brasil (SILVA FILHO, 2009, 07).

1.1.4. O Código de Processo Penal.

Conforme anteriormente citado, os artigos 284 e 292 do Código de Processo Penal determinam que:

> Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou tentativa de fuga do preso. [...]
> Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas (BRASIL, 1941).

Segundo Brod (2009, p.11), o Código de Processo Penal (CPP), art. 284, é um dos artigos do CPP frequentemente utilizado para fundamentar o uso de algemas nas hipóteses de resistência ou de fuga.

Apesar de disciplinarem o emprego de força e resistência à prisão, os artigos 284 e292 do CPP não disciplinam, especificamente, o uso de algemas, apenas impondo limites ao uso da força pelo policial. Amparam o policial em caso de resistência ou de tentativa de fugado preso, e ainda, permitem o uso dos meios necessários (não arbitrários) para a defesa ou para vencer a resistência.

Nucci (2016, p.579) explica que o CPP impõe que a prisão seja feita sem violência gratuita e desnecessária, especialmente quando há aquiescência do procurado. “Entretanto, especifica, expressamente, que a força pode ser utilizada, no caso de haver resistência ou tentativa de fuga”.

Já no artigo 292 a lei autoriza, se necessário, o emprego de meios, como o de algemas, para deter a insubordinação ou evitar que a fuga ocorra, incumbindo ao agente decidir proporcionalmente à gravidade da reação que necessite ser estancada, o momento, o quantum e a espécie de força a ser utilizada no caso concreto. Assim, em todos os casos de prisão, em que tenha o agente resistido ou tentado a fuga, quer seja prisão em flagrante ou qualquer outra prisão de caráter cautelar, a utilização de algemas encontra respaldo no CPP (BROD, 2009, p.11-2).

Em análise aos artigos 284 e 292 do CPP, o desembargador Herotides da Silva Limaapud Herbella (2008, p.45) referência que:

> A lei proscreve como regra o uso de força, isto é, o de meios coercitivos para executar a prisão. Mas como a execução, deixa ao executor a faculdade de empregar a força necessária e adequada às circunstâncias, ao momento, à pessoa, quando se lhe oponham ameaças e violências, ou haja tentativa de fuga, daí surgindo a possibilidade de recorrer às algemas, correntes, cordas, laços, camisa de força, para impedir que a reação triunfe. Pode até mesmo acontecer que a aplicação desses meios extremos seja necessária para garantir a vida do próprio preso, que pelos seus atos de resistência pode dificultar a pronta remoção do local onde sua vida corra perigo, facilitando o aliciamento de pessoa e recursos com fim de vingança e represália. Nota-se ainda o uso da expressão 'força' no art. 284 do CPP, em que caberá ao agente estabelecer o quantum e a espécie de força a ser utilizada, proporcionalmente à gravidade da reação que necessite ser utilizada, a fim de impossibilitar a fuga e que a resistência seja revertida (HERBELLA, 2008, p.46).

Esse entendimento é corroborado por Silva Filho (2009, p.01) quando afirma que em análise a esse dispositivo contido no Código de Processo Penal pátrio, art. 292, compreendesse que apenas excepcionalmente, seja em termos de resistência ou tentativas de fuga, o uso de algemas é admitido, evidentemente respeitando o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que afirma: "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

Observa-se que a lei não define com precisão o que são meios necessários. Mirabete (2004) refere-se aos meios necessários quando discorre sobre a legítima defesa, inserida no art. 23, inciso II, e regulada pelo art. 25 também do Código Penal, nos seguintes termos:

> [...] são os que causam o menor dano indispensável à defesa do direito, já que, em princípio, a necessidade se determina de acordo com a força real da agressão. É evidente, porém, que 'meio necessário' é aquele de que o agente dispõe no momento em que rechaça a agressão, podendo ser até mesmo desproporcional com o utiliza dono ataque, desde que seja o único à sua disposição no momento. Deve o sujeito ser moderado na reação, ou seja, não ultrapassar o necessário para repeli-la [...].

Segundo Toscano (2005, p.01), na reação, deve o agente utilizar moderadamente os meios necessários para repelir a agressão atual ou iminente e injusta. Tem-se entendido que meios necessários são os que causam o menor dano indispensável à defesa do direito, já que em princípio, a necessidade se determina de acordo com a força real da agressão Herbella (2008, p.18) cita a recente alteração do Código de Processo Penal, que disciplinou o uso de algemas especificamente quando da presença do custodiado no plenário do júri.

Explana ainda sobre o tema Herbella (2008, p.48) que no ano de 2008 houve a reforma do procedimento do júri, por meio da Lei nº 11.689, de 09 dej unho de 2008, em que apareceu a palavra algema no CPP nos seguintes artigos:

> Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção.[...]
> § 3º. Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes. [...]
> Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:
> I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado.

Tais artigos aplicam-se tão somente aos julgamentos perante o Tribunal de Júri. Ainda em relação ao CPP, o art. 244 autoriza a busca pessoal, independente demandado judicial, quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, de objetos ou papéis que constituam o corpo de delito. Nesse sentido, Herbella(2008, p.50) explica que caso a pessoa resista, ainda que apenas haja forte suspeita de que o fará, poderá ser algemada, para se evitar possível combate ou grave resistência as regras aplicadas aos policiais do Estado de São Paulo apud Herbella (2008, p.50) determinam que:

> A imobilização da pessoa sobre a qual se fará a busca normalmente, faz-se necessária, de um lado para garantir a segurança do policial civil, de outro para preservar a própria integridade do suspeito à revista, evitando-se, assim, eventual fuga. Por isso, em sendo necessário, a contenção da pessoa far-se-á com o uso de algemas. Frise-se que sua utilização só é possível quando o suspeito se opõe a ordem legal.

Os policiais militares, no Código de Processo Penal Militar, têm determinado em seu artigo 234 e no parágrafo 1º, que:

> Art. 234. O emprego da força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto, subscrito pelo executor e pelas testemunhas.
> §1º. O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242 (BRASIL, 1969).

Nota-se que o art. 234 mostra o caso em que se faz o uso de algemas. Já o art. 242 do Código de Processo Penal Militar, *in verbis:*

> Art. 242. Serão recolhidos a quartel ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão, antes da condenação irrecorrível:
> a) os ministros de Estado;
> b) os governadores ou interventores de Estado, ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de polícia;

> c) os membros do Congresso Nacional, dos Conselhos da União e das Assembleias Legislativas dos Estados;
> d) os cidadãos inscritos no Livro de Mérito das ordens militares ou civis reconhecidas em lei;
> e) os magistrados;
> f) os oficiais das Forças Armadas, das Polícias e dos Corpos de Bombeiros Militares, inclusive os da reserva, remunerada ou não, e os reformados;
> g) os oficiais da Marinha Mercante Nacional;
> h) os diplomados por faculdade ou instituto superior de ensino nacional;
> i) os ministros do Tribunal de Contas;
> j) os ministros de confissão religiosa (BRASIL, 1969).

Referência Machado (2010, p.04) que o Código de Processo Penal Militar (CPPM) preocupa-se com a integridade física do preso, pois evita colocá-lo em situação vexatória e proíbe o emprego das algemas em algumas categorias de pessoas.

De modo diferente Brod (2009, p.14) menciona que o CPPM surgiu em pleno regime militar, devendo seus dispositivos ser reinterpretados à luz do Estado Democrático de Direito trazido pela Constituição Federal de 1988. Isso porque o que determina o uso de algemas é a situação em concreto e não o cargo ou a função do prisioneiro. Além disso, não importa se o crime é comum ou militar, desde que se mostre imprescindível pelas circunstâncias.

O CPPM regulamenta o uso de algemas para impedir a fuga ou conter a violência da pessoa que está sendo presa, sendo admissível algemar as pessoas destacadas no artigo 242 do CPPM como qualquer outra pessoa.

Referência Silva Filho (2009, p.03) que no Estado do Rio de Janeiro, há uma portaria a ser seguida no âmbito do sistema penitenciário, Portaria nº 288/JSF/GDG, de 10 de novembro de 1976, que permite a utilização de algemas, como importante meio de segurança ao serviço policial de escolta, como meio de impedir fugas de internos reconhecidamente periculosos, recomendando aos servidores que evitem empregar algemas aos presos, desde que eles não causem perigo ou cometam agressão, proibindo a utilização das algemas nas pessoas consideradas “especiais” pelo Código de Processo Penal Militar de 1969, asseverando ainda a Portaria acima especificada, que os servidores que fizerem uso das algemas deverão fazer relatório explicativo acerca do fato ao Chefe do Serviço de Segurança, condicionada a sua não observância às penalidades administrativas.

Também nesta Portaria nota-se que o uso de algemas deve ocorrer na prevenção de fugas e no resguardo do servidor com relação ao perigo do preso ou a alguma agressão por ele cometida, mais uma vez sendo ressaltada a resistência do preso, seguindo o caráter elitista do CPPM de 1969, proibindo também que pessoas ‘especiais’, mesmo agindo de acordo com a necessidade de serem algemadas, com ações de resistência ou sendo capazes de fugas, são proibidas de serem algemado, o que atualmente afronta o art. 5º da Carta Magna de

1988(SILVA FILHO, 2009, p.03).Aponta-se ainda o mandamento contido no art. 40 da Lei de Execução Penal, ondeconsta:Art.40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios (BRASIL, 1984).

Nota-se nos dispositivos legais apresentados o caráter excepcional para a utilização das algemas, só usadas na prevenção de fugas e no resguardo do militar com relação a alguma agressão, ou seja, resistência do preso, além do elitismo empregado por essa legislação, que proíbe que uma determinada gama de pessoas elencadas, mesmo agindo com resistência ou sendo capazes de fugas, são terminantemente proibidas de serem algemadas, pois afrontaria o art. 5º da Carta Magna de 1988 (SILVA FILHO, 2009, p.03).

A legislação que aborda o emprego de algemas em crianças e adolescentes também aborda este tema. O Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), Lei n° 8.069 de 13 de julho de1990, redige em seu art. 178 que:

> Art. 178. O adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade (BRASIL, 1990).

A proibição legal versa somente no sentido de que crianças e adolescentes não podem ser transportados em compartimentos fechados de viaturas policiais, em condições que violem a sua dignidade ou que lhes comprometa a saúde física e mental. Diante disso, alguns doutrinadores sustentam que a lei não impede que um menor de idade venha a ser contido por meio de algemas caso pratique algum ato infracional, desde que a medida se mostre necessária e isso não afete a integridade do menor (BROD, 2009, p.14).

Assim, cita Machado (2010, p.05) que o policial não pode abusar do seu poder, pois a violação ao seu dever legal poderá resultar em ações por danos morais, além de implicar responsabilização por abuso de autoridade.

Assim, Brod (2009, p.14) referência que se admite a utilização de algemas em crianças e adolescentes, desde que sejam preservados os seus direitos fundamentais e que sejam obedecidas as mesmas regras que se pregam aos adultos delinquentes, ou seja, que haja resistência à prisão ou tentativa de fuga. Segundo Luiz Flávio Gomes apud Machado (2010, p.05) a respeito deste tema, afirma que:

> Todas as vezes que o uso de algemas exorbitar desse limite constitui abuso, nos termos dos arts. 3º, 'i' (atentado contra a incolumidade do indivíduo) e 4º, 'b'(submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei) da Lei n° 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade).

A Instrução da Aviação Civil 2504-0388, editada em março de 1988 pelo extinto Departamento de Aviação Civil – atual Agência Nacional de Aviação Civil – que em seu item II – 5, normatiza o embarque de passageiro preso dispondo que "caso o prisioneiro seja transportado com algemas esta situação deverá, se possível, ser encoberta". Essa determinação visa evitar o possível constrangimento do preso e dos demais passageiros (BROD, 2009, p.15).

Outra lei que menciona o uso de algemas é a Lei n° 9.537, de 11 de dezembro de1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional determina em seu artigo 10, inciso III, que o comandante, com o fim de manter a segurança das pessoas, da embarcação e da carga, poderá deter o passageiro inconveniente, em camarote ou alojamento, se necessário com algemas:

> Art. 10. O comandante, no exercício de suas funções e para garantia da segurança das pessoas, da embarcação e da carga transportada, pode:[...]
> III – ordenar a detenção de pessoa em camarote ou alojamento, se necessário com algemas, quando imprescindível para a manutenção da integridade física de terceiros, da embarcação ou da carga (BRASIL, 1997).

Nota-se que as leis da Aviação Civil e da segurança do tráfego aquaviário dão poderá os comandantes das aeronaves e das embarcações poder de polícia, sendo possível o uso de algemas nos indivíduos que colocarem em risco a segurança desses meios de transporte.

Corrobora com este entendimento Silva Filho (2009, p.04) que o uso da força física é autorizado excepcionalmente em casos de resistência e tentativa de fuga, devendo a força física e o uso de algemas serem empregados em sua forma necessária para a defesa ou para vencer a resistência.

Os requisitos essenciais que devem se encontrar presentes para justificar o uso da força física e a utilização do emprego de algemas são a indispensabilidade da medida, necessidade do meio e justificação teleológica, ou seja, os meios alegados para a defesa, para vencer a resistência.

Destaca-se ainda a Resolução n° 14, de 11 de novembro de 1994, editada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão do Ministério da Justiça, que elaborou a nível federal as Regras Mínimas para Tratamento do Preso no Brasil, onde aponta:

> Art. 25. Não serão utilizados como instrumentos de punição: correntes, algemas e camisa de força.[...]
> Art. 29. Os meios de coerção, tais como algemas e camisas de força, só poderão ser Utilizados nos seguintes casos:
> I – como medida de precaução contrafuga, durante o deslocamento do preso devendo ser retirados quando do comparecimento em audiência perante autoridade judiciária ou administrativa;

> II – por motivo de saúde, segundo recomendação médica;
> III – em circunstâncias excepcionais, quando for indispensável utilizá-los;
> IV – em razão de perigo iminente para a vida do preso, de servidor, ou de terceiros.
> Art. 30. É proibido o transporte de preso em condições ou situações que lhe imponham sofrimentos físicos (CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICACRIMINAL E PENITENCIÁRIA, 1994).

Essa norma não admite que as algemas sejam utilizadas como forma de punição ou de humilhação de pessoas, servindo apenas para a contenção momentânea daquele que está sendo detido. As Regras Mínimas para Tratamento do Preso no Brasil trazem ainda as hipóteses que ensejam a aposição de algemas em âmbito federal (BROD, 2009, p.17).

Para Tourinho Filho (2011, p.468) a Resolução n° 14, de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária aponta que o uso de algemas só se justifica quando houver perigo de fuga, haja vista que o art. 284 do CPP proíbe o uso de força salvo a necessária para vencer a resistência ou tentativa de fuga do preso.

1.1.5. O uso de algemas em criança, adolescente e mulheres gestantes no cárcere;

O atendimento médico foi renovado por conta do Decreto nº 57.783, de 10 de fevereiro de 2012, editado pelo Governador Geraldo Alckmin no Estado de São Paulo, proibindo o uso de tal meio de contenção durante assistência à parturiente. O referido Decreto foi publicado após denúncias realizadas pelo Jornal Folha de São Paulo sobre o uso de algemas em gestante em hospital público na cidade de São Paulo. O Decreto estadual afirma o que segue:

> Artigo 1º - Fica vedado, sob pena de responsabilidade, o uso de algemas durante o trabalho de parto da presa e no subsequente período de sua internação em estabelecimento de saúde. Parágrafo único - As eventuais situações de perigo à integridade física da própria presa ou de terceiros deverão ser abordadas mediante meios de contenção não coercitivos, a critério da respectiva equipe médica.

Considerando os fundamentos do Decreto nº 57.783 supracitados, no dia 28 de fevereiro de 2012, os Secretários da Saúde, da Justiça e da Defesa da Cidadania, da Segurança Pública e da Administração Penitenciária, publicaram Resolução conjunta sobre o uso de algemas por gestantes presas:

Artigo 1º - Fica vedado, sob pena de responsabilidade, o uso de algemas em presa gestante, desde o comprovado conhecimento do estado de gravidez pela Administração, e no

período de até 30 dias após o parto, salvo se demonstrada a inexistência de outros meios menos gravosos de contenção.

A plenária do Conselho Federal de Medicina, recebeu no dia 10 de maio de 2012 o presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), Dr. Herbert José de Almeida Carneiro, para debater sobre o uso de algemas no atendimento às presas gestantes e parturientes. O presente tema é tema da Súmula Vinculante No. 11 do Supremo Tribunal Federal (STF), que estabelece que o uso de algemas só é lícito em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física do detento ou de outras pessoas.

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (BRASIL, 2012, p.1.928).

Por força do que dispõe a Súmula Vinculante nº 11, do STF, o uso indevido de algemas, além de configurar o delito de abuso de poder, poderá ensejar o relaxamento da prisão em flagrante, pela ilegalidade dos meios utilizados para conter o indivíduo.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) também se manifestou sobre o uso de algemas durante o atendimento a parturientes, em seu Parecer nº 152.178. O Parecer afirma que:

> O uso de algemas em gestantes sob a custódia do Estado, notadamente quando em trabalho de parto, ofende a dignidade da pessoa humana nos termos dos princípios fundamentais do Código de Ética Médica. O médico, quando necessário, de forma justificada, sempre visando à tutela do bem maior que é a vida e a saúde do ser humano, poderá determinar a contenção da parturiente de acordo com as práticas médicas reconhecidas, que não incluem o uso de algemas. Entidades da sociedade civil também têm se manifestado sobre essa questão. Em nota pública, a Associação dos Juízes pela Democracia (AJD) afirma que "algemar mulheres durante o parto constitui, inquestionavelmente, atentado à dignidade humana". A nota continua dizendo que a prática "submete também o recém-nascido à discriminação em razão do parentesco, com violação das garantias e direitos constitucionais de proteção à infância". A AJD comenta ainda que a situação de desrespeito à paciente parturiente pode ser ainda maior se o atendimento médico for feito na presença de pessoal penitenciário e de segurança, já que isso contraria as Regras de Bangkok da ONU (Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e em medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras). Tal orientação da ONU, em sua Regra nº 11, determina que "durante os exames deverá estar presente apenas a equipe médica, a menos que o médico julgue que existam circunstâncias excepcionais ou solicite a presença de um funcionário da prisão por razões de segurança ou a mulher presa especificamente solicite a presença de um funcionário".

A Pastoral Carcerária também se manifestou, denunciando que pelo menos seis presas revelaram que foram algemadas pelas mãos e pelos pés durante parto cesárea, quando davam à luz em São Paulo.

Como parte da manifestação do Poder Público sobre as denúncias do uso de algemas por presas gestantes, o CNPCP publicou Resolução com o objetivo de regular a utilização de algemas na condução de presos e sua permanência em unidades hospitalares. A Resolução do CNPCP ampliou, no entanto, suas orientações na tentativa de orientar o uso de algemas por pacientes presos de forma geral, não ficando restrita às presas gestantes. A Resolução do CNPCP, trouxe as seguintes recomendações:

> Art. 1º. Recomendar que não sejam utilizadas algemas ou outros meios de contenção em presos que sejam conduzidos ou permaneçam em unidades hospitalares, salvo se restar demonstrado a necessidade da sua utilização por razões de segurança, ou para evitar uma fuga, ou frustrar uma resistência. Parágrafo único. A autoridade deverá optar, primeiramente, por meios de contenção menos aflitivos do que as algemas; Art. 2º. Considerar defeso a utilização de algemas ou outros meios de contenção em presos no momento em que se encontrem em intervenção cirúrgica em unidades hospitalares. Parágrafo único. Excepcionalmente, caso se imponha, para fins de segurança, a contenção do preso, deverá a autoridade, de forma fundamentada e por escrito, apontar as razões da medida extrema, sendo defeso que sejam empregadas algemas, devendo se valer de outros meios menos aflitivos; Art. 3º. Considerar defeso utilizar algemas ou outros meios de contenção em presas parturientes, definitivas ou provisórias, no momento em que se encontrem em intervenção cirúrgica para realizar o parto ou se estejam em trabalho de parto natural, e no período de repouso subsequente ao parto.

Sendo assim, é importante o médico observar as regulamentações expostas, no sentido de evitar o constrangimento ilegal de seu paciente preso, no entanto, observando, por outro lado, a segurança do paciente em questão, da equipe profissional que trabalha consigo, a sua própria segurança, bem como de toda a sociedade. Essa é sempre uma situação difícil de ser manejada, porém que o médico precisa estar preparado para enfrentar.

Ademais, não seria de bom alvitre, não mencionar a louvável junção dos Poderes Legislativo e Executivo, se unem para proteger os direitos das mulheres em condições especiais. Acrescentado ao artigo 292, pela Lei 13.3434/2017, o Parágrafo único, no tocante a vedação ao uso de algemas em mulheres gestantes em trabalho de parto, vejamos:

> Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.
> Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.

Desse modo, foi uma grande conquista na medida em que no puerpério, o período

em que ocorre a psicose puerperal (espécie de transtorno psicológico independente), restrito às mulheres e ocorre durante, ou logo após o parto, com vistas a diminuição do transtorno e danos, foi louvável a inclusão do parágrafo para a futura lactante, bem como evita o constrangimento ilegal da gestante do uso de algemas**.**

CAPITULO II - PRINCIOLOGIA E DIREITOS APLICADOS AO USO DE ALGEMAS

Princípios são um conjunto de normas ou padrões de conduta a serem seguidos por uma pessoa ou instituição que orientam a aplicação do direito com um todo.

O estudo dos princípios no Direito moderno é de suma importância, haja vista para que eles sejam o parâmetro utilizado pelos juízes na correta aplicação da lei. Isso significa que, muitas vezes, quando há um conflito de normas são os princípios que entram em ação. Destaca-se o pensamento de José Carlos Baptista Puolli:

> Toda vez que um juiz invoca um princípio para motivar uma decisão estará ele, na realidade, plasmando e enriquecendo o conteúdo conceitual do princípio, de maneira a justificar sua adequação ao caso concreto. Nestas hipóteses, o juiz declara o conteúdo concreto do princípio e acaba por enriquecer seu espectro de atuação[...]. (p. 03)

Na dúvida quando da fundamentação de qualquer decisão, deve o aplicador do direito se atentar aos princípios, pois são eles que irão justificar a decisão. É de salientar-se que os princípios solucionam questões que em tese não seriam passíveis de solução pela lei.

Segundo Miguel Reale: “Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validez de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários”. (REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p 60).

Nesse sentido, cada vez mais os princípios são utilizados, e acabam até mesmo sendo mais eficazes que a própria lei, pois o alcance é maior. Vale destacar, nesse tocante, o entendimento de Paulo Bonavides:

> A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais. (2005, p. 257)

Em se tratando de questões controvertidas que cerceiam a discussão sobre a utilização ou não de algemas no momento da prisão, quatro são os princípios que se destacam:

presunção de inocência, razoabilidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e o abuso de autoridade e o constrangimento ilegal. Assim, não tem como falar sobre as questões que envolvem esse tema, sem tecer algumas observações acerca desses princípios.

A própria lei em si, não foi suficiente para pacificar as questões sobre o uso ou não de algemas, apenas com a análise dos princípios será possível analisar o caso em concreto e observar qual será a solução, ou seja, se no momento da prisão deve-se ou não algemar.

2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana.

O conceito de dignidade foi elaborado ao longo da história, e hoje representa um valor de grande supremacia, um valor absoluto, construído pela razão jurídica (NUNES, 2002, p.46).

Leciona Sarlet (2003, p.106-7) que, se por um lado a dignidade da pessoa no âmbito do pensamento clássico significava a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, é possível falar em uma dignidade maior ou menor. Por outro lado, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, concluindo-se, neste sentido, que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade. Esta noção de dignidade, sustentada de modo especial no âmbito da filosofia estoica, encontra-se, por sua vez, intimamente vinculada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à ideia de que todos os homens, no que tange à sua natureza humana, são iguais em dignidade.

Em outra obra, Sarlet (2002, p.09) aponta que a dignidade humana na teologia cristã, onde essa é rogada tanto pelo Antigo como pelo Novo Testamento, apresentando a semelhança imanente entre Deus e os seres humanos, e que busca mostrar a existência de uma especial dignidade imputada à pessoa humana.

O princípio da dignidade humana, expressa na Constituição Federal de 1988 (art. 1º,III), é a garantia de pleno desenvolvimento dos vários aspectos da pessoa, protegendo-a de todo o arcabouço de manifestações do ser humano, em sua vertente física, psíquica e espiritual.

De acordo com Machado (2008), o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização de todos os direitos humanos, em todas as suas dimensões, revelando-se, ademais, como o valor supremo da democracia, na medida em que a

dimensiona e humaniza, haja vista que a dignidade é atributo intrínseco da pessoa humana, que com ela entranha-se e se confunde.

A dignidade da pessoa humana é parte intrínseca ao próprio ser humano, não havendo distinção entre homem ou mulher, jovem ou idoso, porque o ser humano tem dignidade porque é um ser que nasce como pessoa.

O princípio é fundamento da Constituição da República, previsto no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana é preceito fundamental que impõe o reconhecimento de que o valor do indivíduo, enquanto ser humano prevalece sobre todos os demais. A Constituição é pródiga em normas que representam aplicações diretas deste fundamento, como as que tratam dos direitos dos presos, as que vedam determinadas sanções penais, as que protegem os deficientes e os idosos, entre tantas outras [...] (MOTTA FILHO, 2009, p.84).

Segundo Nunes (2002, p.52), o princípio da dignidade humana "[...] é um valor preenchido a priori, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa".

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorre o 'direito a ter direitos', considerado por Hannah Arendt como a essência dos direitos humanos, em conformidade ao art. II, que rege: 'Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdade estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie', bem como no art. VI: 'o homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei'(MARUM, 2005, p.181).

Assim, do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem ainda outros três princípios fundamentais em matéria de direitos humanos que já formavam o estandarte sagrado da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Leciona Marum (2005, p.300) que no Brasil, a Constituição Federal de 1988 marcou a plena garantia dos direitos humanos, considerado um marco jurídico da transição democrática. A Constituição de 1988 inaugurou o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento, ou seja, princípio do qual decorre todo o sistema dos direitos humanos, sendo reconhecido como um dos fundamentos do próprio Estado Brasileiro. Reza o art. 1º da Constituição Brasileira:

> 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;

Segundo Afonso da Silva (1998, p.93) a palavra *dignidade* é empregada seja como *uma forma de comportar-se* seja como *atributo intrínseco da pessoa humana;* neste último caso, como um valor de todo ser racional, independentemente da forma como se comporte. É

com esta segunda significação que a Constituição tutela a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, de modo que nem mesmo um comportamento indigno priva à pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes ressalvadas a incidência de penalidades constitucionalmente autorizadas. Por isso, consoante lembra Jesús González Péres, é inconcebível afirmar - como fazia Santo Tomás de Aquino para justificar a pena de morte - que o homem ao delinquir se aparta da ordem da razão, e, portanto *decai da dignidade humana* e se rebaixa em certo modo à condição de bestas (S. Th. 11-11, q. 64, a 2, ad. 3)" .Porque a dignidade acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana, é que ela não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado, pois, como declarou o Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha.

A dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos.

Teixeira (2005, p.61) aponta ainda que a dignidade é o marco jurídico fundamental que se constitui no núcleo do sistema brasileiro dos direitos fundamentais, o que representa que o ser humano é um valor em si mesmo, e não um meio para alcançar outros fins. A própria ideia de dignidade humana está intimamente ligada à noção de direitos fundamentais, cujo conjunto de direitos visa assegurar à pessoa humana a realização de suas necessidades, para a sua satisfação tanto no aspecto material, quanto espiritual. Para o respeito da dignidade da pessoa humana, é necessária a garantia da igualdade de todos os seres humanos, que estes não possam ser submetidos a tratamento discriminatórios arbitrário. Os princípios constitucionais são verdadeiros pilares do sistema jurídico.

Portanto a dignidade pressupõe a igualdade absoluta entre os seres humanos, sendo assim um dos principais pilares, mas nem sempre é vista de tal forma. É bem sabido que é da ética que se extrai interesses considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais, cada ser humano deve ter a sua. Os interesses em satisfazer a necessidade básica de alimentação, evitar a dor e manter relações afetivas, deverão ser comuns a todos, independentemente de força física ou inteligência, o indivíduo possa ter.

Deve-se respeitar a proteção à intimidade, à honra, liberdade, às condições mínimas para uma existência digna. A dignidade da pessoa humana, disposta como princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, é uma norma jurídica e positiva, dotada de eficácia plena. Cabe salientar, tratando-se de um princípio fundamental, que a dignidade da pessoa humana guia toda a ordem constitucional (SARLET, 2002, 113). A Constituição de

1988, ao inserir o princípio da dignidade humana como princípio fundamental, adotou uma decisão política demonstrando a anterioridade do ser humano ao ordenamento.

2.1.1 O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

O princípio da razoabilidade se refere ao fato de que a norma não deve ser arbitrária, no qual dever ser graduada na medida em que se busca proibir os excessos, devendo atingir finalidade constitucional certa e idônea., qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis. A doutrina moderna diferencia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, enquanto a razoabilidade se refere à uma pessoa atingida individualmente, a proporcionalidade se refere aos bens jurídicos em sua relação meio- fim. Nesse sentido, cumpre salientar o entendimento de Humberto Ávila.

> Por exemplo, o postulado da razoabilidade é utilizado na aplicação da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória. O exame da decisão permite verificar que há dois elementos analisados, critério e medida, e uma determinada relação de congruência exigida entre eles (ÁVILA, 2005, p.140).

O doutrinador afirma que a razoabilidade é usada na aplicação de igualdade, ou seja, para discriminar dois elementos. Nesse sentido o mesmo autor aduz que:

> A razoabilidade, como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto (ÁVILA, 2005, p. 13).

Frise-se que a razoabilidade tem como objetivo dar harmonia entre o individual, para agir com equidade. Assim, distingue-se a razoabilidade da proporcionalidade por esta tratar de pessoa, em individual e a proporcionalidade, tratar do meio e a sua finalidade.

Portanto, feita a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade cumpre salientar que o princípio da razoabilidade está intrinsecamente relacionado com a utilização de algemas. No momento da prisão é esse princípio que vai imperar, ou seja, se a pessoa que está sendo detida não oferecer resistência, a autoridade deverá observar o que é razoável, ou seja, deve optar por não a algemar.

No entanto, se a pessoa já é fugitiva ou está em condições de evitar a prisão, a utilização de algemas é imprescindível e se encaixa dentro do princípio da razoabilidade. A utilização de algemas, nesses casos, é exceção, aplicável conforme o caso concreto.

A proporcionalidade se difere do princípio da razoabilidade quanto ao seu campo de atuação. Isso porque o conceito de proporcionalidade se refere aos bens jurídicos e não às pessoas. No entanto, esse princípio está intrinsecamente ligado ao princípio da razoabilidade, pois tudo o que for proporcional, terá que ser razoável. Eis o entendimento de José Carlos Batista Puolli:

> O postulado da proporcionalidade exige que o Poder legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado, se promove o fim. Um meio é necessário, se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as vantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim (2005, p. 13).

Todavia, entende-se que a razoabilidade está inserida na proporcionalidade, afinal, se as autoridades executivas e legislativas se utilizarem de meios necessários e razoáveis, estarão respeitando o princípio da proporcionalidade.

A relação do princípio da proporcionalidade com a utilização de algemas reside no fato de que em alguns casos, deve se dispensar o uso de algemas, quando o preso não se abster à prisão, ou seja, mesmo sem utilizar as algemas a pessoa é detida, então alcançou-se o fim com os meios razoáveis.

Dessa maneira a proporcionalidade estará sendo respeitada, pois preservou as garantias constitucionais à pessoa, quais sejam, a presunção de inocência e a dignidade. Se de outro modo, se a pessoa resistir à prisão ser utilizada a algema. Este é o meio necessário para alcançar o fim desejado neste caso.

2.1.2. O princípio da presunção de inocência.

A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal. Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do

indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal. (Alexandre de Moraes 2003, p.102).

De acordo com Mirabete (2005, p.44), este princípio está fundamentado no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde "toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada", preceito reiterado no art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, de 02 de maio de 1948, e no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.

> Todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

Assim, aponta-se que haveria presunção de inocência do acusado da prática de uma infração penal até que uma sentença condenatória irrecorrível o declarasse culpado.

Aponta Mirabete (2005, p.45) que existe uma tendência à presunção de inocência, ou ainda, um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado.

Complementa esta explicação Távora e Alencar apontando que:

> Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste diapasão, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 44).

Acerca do princípio da presunção de inocência pode-se atribuir a Declaração Universal, o marco primordial de generalização da efetivação, universalização de direitos individuais proteções dos direitos humanos.

Suas origens remetem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, do séc. XVIII, e posteriormente, à Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948.

> Segundo apregoa Fernando Almeida sobre o tema, a Declaração Universal dos Direitos Humanos forneceu um avanço para conferir maior liberdade ao homem, enquanto, simultaneamente, despertou uma consciência mais clara desses direitos e propiciou uma maior quantidade de instrumentos para sua defesa, sendo que, à medida que passou a ser incorporada às legislações internas das nações, a violação de tais direitos passou a ser tida como ato criminoso.[7]

No entendimento de Cunha e Pinto (2009, p.21), o estado de inocência é também denominado princípio da não-culpabilidade ou da não-culpa. Deste princípio decorrem três

conclusões: qualquer restrição à liberdade do acusado somente se admite após sua condenação definitiva, isto é, quando nenhum recurso é mais possível; cumpre à acusação o dever de demonstrar a responsabilidade do réu e não a este comprovar sua inocência; a condenação deve derivar da certeza do julgador, sendo que eventual dúvida será interpretada em favor do réu (in dubio pro reo).

Determina o artigo 5°, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Nesse sentido, o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.

> [...] existe até uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade quando se instaura a ação penal, que é um ataque à inocência do acusado e, se não a destrói, a põe em incerteza até a prolação da sentença definitiva. Não se impede, assim, que de maneira mais ou menos intensa, seja reforçada a presunção de culpabilidade com os elementos probatórios colhidos nos autos de modo a justificar medidas coercitivas contra o acusado. Dessa forma, ao contrário do que já tem se afirmado, não foram revogados pela norma constitucional citada os dispositivos legais que permitem a prisão provisória, decorrentes de flagrante, pronúncia, sentença condenatória recorrível e decreto de custódia preventiva, ou outros atos coercitivos (busca e apreensão, sequestro, exame de insanidade mental etc.) (MIRABETE, 2005, p.45).

Mirabete (2005, p.45) cita ainda que em decorrência do princípio do estado de inocência deve-se concluir que a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual; o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusado comprovar a sua culpa; para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa.

No âmbito do princípio da presunção de inocência, George Sarmento apud Távora e Alencar (2009, p.45) enfatiza a necessidade de cristalizar a presunção de inocência como um direito fundamental multifacetário, que se manifesta como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento.

[...]O princípio da inocência, ou da não culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória fase pré-processual quanto a fase processual propriamente dita ação penal (PACELLI, 2018, p.398).

Assim, são criadas garantias processuais que beneficiam o acusado durante as investigações e a tramitação da ação penal, mas que, por outro lado, não impedem que o Estado cumpra sua missão de investigar e punir os criminosos, fazendo uso de todos os instrumentos de persecução penal previstos em lei para o combate efetivo da criminalidade. Com isso, a presunção de inocência, que é uma garantia constitucional, confere ao acusado de não ser tido como culpado até que a sentença penal condenatória transite em julgado, não ocorrendo precipitação, e não corroborando com a presunção de culpa, conforme explanado acerca do Princípio, a culpa deve ser a é exceção.

2.1.3. O abuso de autoridade e o constrangimento ilegal.

Discute-se a imposição de algemas sem justa necessidade poderá acarretar no cometimento do crime de abuso de autoridade. Os crimes de abuso de autoridade estavam previstos na Lei nº 4.898, de 28 de abril de 1965, que foi revogada pela Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019, "considera-se abuso de autoridade todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade ". Sendo assim, somente comete crime de abuso de autoridade aquele que mantém vínculo profissional com o Estado. Explica Pitombo (1985, p. 285) sobre o crime de abuso de autoridade:

> [...] o dolo deve consistir no ânimo maldoso, na prepotência, no capricho, no arbítrio e, em geral, em qualquer paixão má: o abuso de autoridade é constituído por aqueles atos ou fatos dos funcionários públicos, os quais se viciam de ilegitimidade, porque cometidos com dolo, de guisa que representam a positivação da atividade do funcionário como pessoa e não como órgão da Administração Pública, a qual não encontra, para o dano recebido pelo titular de um direito civil ou político, ou de um interesse legítimo prejudicado pelos próprios, atos nenhuma responsabilidade.

Os agentes policiais devem tratar o cidadão com respeito, observando os direitos que lhe são dados, garantindo que sejam assegurados Silva (1996, p.366.) Delimita bem a distinção entre a discricionariedade e o abuso de autoridade:

> A discricionariedade da autoridade, própria do direito administrativo, permite que ela atue nos estritos limites da lei que a regula; ao passo que o abuso de autoridade ocorre quando ela exorbita no exercício de suas funções, extrapolando os limites legais. Nesse caso, a autoridade agiu fora dos limites traçados pela Lei.

Moreira afirma que a Lei de Abuso de Autoridade possui dois objetivos primordiais:

> Que a função pública seja exercida na mais absoluta normalidade democrática, no sentido que os representantes da administração pública tenham um comportamento

> legal, portanto, sem abusos de qualquer ordem; de outro modo, a lei também visa a proteger as garantias individuais inerentes à pessoa, aquelas mesmas postas na Constituição Federal (MOREIRA, 2009, p.1).

O uso da algema feito por um particular sem ter para tanto o poder de polícia, não caracterizará abuso de autoridade, cometerá outros crimes, tais como tortura, maus tratos, lesão corporal e outros, dependendo da análise factual. O abuso de autoridade pode configurar-se quando houver violação ao direito de liberdade.

A lei nº 13.869/2019, em seu artigo 1º, § 1º, descreve as condutas que constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

Dessa forma, o abuso de autoridade ocorre pela, constrangimento do preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, exibindo seu corpo à curiosidade pública e submetendo-o a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

E não pelas algemas tão somente, que podem ter sido o instrumento utilizado, para patrocinar o fim desejado, ou seja, obstar reação violenta do preso.

Sobre o assunto, manifestou-se o STF:

> É hora de o Supremo emitir entendimento sobre a matéria, inibindo uma série de abusos notados na atual quadra, tornando clara, até mesmo, a concretude da lei reguladora do instituto do abuso de autoridade considerada o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, para a qual os olhos em geral têm permanecido cerrados. A Lei em comento – nº 4.898/1965, editada em pleno regime de exceção -, no artigo 4º, enquadra como abuso de autoridade cercear a liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder – alínea 'a' – e submeter pessoa sob guarda ou custódia a vexame ou constrangimento não autorizado por lei – alínea 'b'' (RHC nº 91952/SP).

O artigo 13 do mesmo diploma legal, afirma que constitui abuso de autoridade constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência. Nesse mesmo sentido o artigo 5º da Constituição Federal, no seu inciso XLIX, estabelece que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Sendo assim, se não utilizada de forma correta, ou seja, utilizada com excesso, sem desnecessidade, provocando algum tipo de lesão, constituiria ao agente do Estado crime de abuso de autoridade em concurso material com o delito que tenha provocado dano à integridade física.

Nesse sentido completa Herbella:

> O uso nocivo das algemas provoca o estrangulamento dos pulsos, ocasionando enormes danos à saúde, podendo culminar até mesmo no resultado morte e consequente configuração da hipótese de homicídio. Neste caso haverá, da mesma maneira, concurso material (HERBELLA, 2008, p. 122).

O artigo 13, inciso II, da referida lei, tipifica como abusiva a conduta da autoridade que submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei. Relaciona-se esse dispositivo com o já referido artigo 40 da LEP, no qual, impõe a todas as autoridades "o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios".

Para que configure abuso de autoridade, não basta o simples fato de algemar, é necessário submeter o detido a vexame ou constrangimento ilegal. Sendo assim, a simples condução de um detido algemado, mesmo que as câmeras televisivas e fotográficas capturem sua imagem (dentro das constitucionais liberdades de imprensa e de informação), não constituem crime de abuso de autoridade, já que não existe o dolo especifico de expor, de humilhar.

O que vem acontecendo com frequência é a prisão de pessoas de alto escalão financeiro, que têm suas imagens expostas, enquanto estão algemadas e sem qualquer possibilidade de reação, como verdadeiros troféus, trazendo uma situação vexatória e constrangedora, o que faz com que o uso de algemas, seja visto com total repugnância pela sociedade.

Visando coibir o abuso no uso de algemas, o deputado Fleury propôs um projeto de lei, sob o nº 5.858/2005, no qual sugeriu que fosse acrescida uma alínea "l" ao artigo 3º da antiga Lei nº 4.898, de 28 de abril de 1965, que atualmente foi revogada pela Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019, abuso de autoridade. Pode-se observar que a lei repudia a violação da integridade física e/ou moral do preso, bem como a sua abusiva e inconstitucional exposição pública. A finalidade das algemas deve ser a de contenção e de transporte do preso, garantindo a integridade física do agente, do preso e de terceiros.

CAPITULO III - A PROBLEMATIZAÇÃO DO USO DE ALGEMAS

3.1. História da Súmula Vinculante n. º11 do STF.

A Súmula Vinculante nº 11 foi aprovada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no mês de agosto do ano de dois mil e oito, tendo como argumentativa o fato de estar-se materializando jurisprudência consolidada pela referida corte no sentido de que a licitude do uso das algemas só é válida em casos excepcionais e a sua violação acarreta punição ao agente de segurança pública nas esferas civil, penal e administrativa, conforme demonstrado na íntegra do texto sumular assim aprovado:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo a integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado (GOMES, 2008,455).

As súmulas vinculantes foram inseridas no contexto jurídico nacional como implemento da emenda constitucional nº. 45, que teve como propósito trazer reformas para o poder judiciário, visando dar mais celeridade, e consequentemente, diminuir a morosidade recorrente que é uma constante no fornecimento da resposta jurisdicional do Estado, por intermédio de seus Tribunais. Diante desse cenário caótico, pelo imenso volume de processos que aportavam, e aportam diariamente, nos Tribunais Superiores, e ali permanecem por infindáveis dias tendo já permanecido outro tanto nos juízos de origem, as súmulas vinculantes tem, em tese, o condão de agilizar a resposta jurisdicional estatal e, desde a sua inserção, foram editadas mais de uma dezena delas tratando dos mais variados temas relacionados ao Direito.

A preocupação do Supremo Tribunal Federal era efetivar os direitos e garantias fundamentais do preso, em especial, resguardar a sua dignidade humana e a sua intimidade. (FUDOLI, 2008)

Sendo assim, passou o Supremo Tribunal Federal a fazer uso desse recurso na tentativa de dar vazão a milhares de processos que se encontram tramitando naquela Corte Máxima. Em seu dicionário jurídico, o conceituado jurista Sérgio Sérvulo da Cunha, autor de diversas obras jurídicas, define o significado da palavra súmula como sendo: “enunciados que, sintetizando as decisões assentadas pelo respectivo tribunal em relação a determinados temas

específicos de sua jurisprudência, servem de orientação a toda comunidade jurídica. ” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

Em contrapartida, a doutrinadora Maria Helena Diniz, em seu dicionário jurídico próprio, faz uso das palavras do estudioso jurista e civilista Nelson Nery Junior, para também definir súmula como: “...Conjunto de teses jurídicas reveladoras da jurisprudência predominante no tribunal, traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados. ” (DINIZ, 2008, 156)

A súmula vinculante nº 11 editada pelos ministros do Supremo Tribunal Brasília/DF, como já mencionado, foi implementada no mês de agosto do ano de dois mil e oito, período em que foram deflagradas, pela polícia federal, diversas operações policiais resultantes de rigorosas e prolongadas investigações, que objetivavam a prisão de autores de crimes do “colarinho branco”, corrupção de agentes públicos, enriquecimento ilícito, desvio de verbas públicas, dentre outros. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

3.2. Posicionamento atual da Corte Superior ainda acerca do tema.

A jurisprudência da Corte no sentido de que o uso de algemas somente é lícito em casos excepcionais e prevendo a aplicação de penalidades pelo abuso nesta forma de constrangimento físico e moral do preso. O Tribunal decidiu, também, dar a esta e às demais Súmulas Vinculantes um caráter impeditivo de recursos, ou seja, das decisões tomadas com base nesse entendimento do STF não caberá recurso.

Em 11 de maio de 2020, em uma reportagem feita pela renomada correspondente Fernanda Valente, da Revista Consultor Jurídico em Brasília, fervorou o entendimento acerca da sumula vinculante nº 11, sob o prisma da não ocorrência do descumprimento da sumula 11.

> [...]De acordo com o processo, o juízo da 4ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, presidente do Tribunal do Júri, manteve um homem algemado durante o julgamento em plenário. Na reclamação ao Supremo, a defesa pediu a anulação do julgamento pelo descumprimento ao enunciado da súmula, que limita o uso de algemas a casos excepcionais.
>
> No entanto, a maioria da 1ª Turma seguiu o voto do ministro Alexandre de Moraes. Ao avaliar o caso, o ministro ponderou ainda que se tratava de uma pessoa de alta periculosidade, tanto que a justiça estadual pediu sua transferência para presídios de segurança máxima da Justiça Federal.

> "Ou seja, não é e não era um réu que, assim como no principal precedente que deu origem à súmula vinculante, ficou algemado sem uma justificativa. A juíza justificou exatamente com esses fatos. Não é uma falsa justificativa", considerou Moraes.
>
> A única divergência foi do ministro Marco Aurélio, que entendeu que deveria ser considerado o descumprimento à súmula. Ele afirmou que "não é o fato de ter-se um custodiado egresso de prisão de segurança máxima que conduzirá, sempre e sempre, ao uso das algemas em audiência, e, no caso, em audiência para se ter pronunciamento do corpo de jurados, de leigos(...)
>
> O julgamento aconteceu em 17 de dezembro, com acórdão **Rcl 32.970** publicado recentemente.
> O julgamento do acordão foi recente, no qual a corte superior mais uma vez indeferiu um agravo interposto, sob fundamentação de idoneidade no uso das algemas no preso.
>
> Direito penal e processual penal. Agravo interno em reclamação. Súmula vinculante 11. Uso de algemas. Fundamentação idônea. 1. A fundamentação do magistrado que utiliza como base dados concretos do ato de audiência de custódia, como a escolta reduzida de policiais presentes no ato, justificando a utilização de algemas para a garantia de segurança dos presentes, não é inidônea e, portanto, não afronta o enunciado de Súmula Vinculante 11. 2. Agravo interno desprovido.
> (STF - AgR Rcl: 34624 SC - SANTA CATARINA 0021803-86.2019.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 29/11/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-280 17-12-2019).

A Turma mais uma vez, por maioria, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, sob o mesmo argumento de não afronta o enunciado da Súmula Vinculante nº 11.

3.3 Inconstitucionalidades da Súmula Vinculante n. º 11 do STF

No Brasil, um Estado Democrático de Direito, a supremacia da Constituição Federal é realidade inexpugnável. Toda e qualquer ordem normativa instituída pelo Estado deve, para ter validade e eficácia, estar em conformidade com as normas da Constituição Federal.

O mundo jurídico é conhecedor do relevante papel exercido pelo cientista e filósofo do direito, Hans Kelsen, na defesa da criação de Tribunais Constitucionais com função de promover a jurisdição constitucional, uma vez que, segundo sua teoria, o ordenamento jurídico configura-se "como uma pirâmide hierárquica de normas, garantindo-se a hierarquia normativa pelo controle da conformidade de normas de grau inferior com as determinantes normativas de grau superior" (BARBOSA, 2019, 35).

Estudos mostram que Hans Kelsen pensou em supremacia de norma de direito internacional que aduz que os pactos devem ser cumpridos. Países constitucionalistas, inspirados na teoria da pirâmide Kelseniana, formularam modelos nos quais a constituição vem

a ser a norma fundamental, colocada no vértice da pirâmide, a que se subordinam todas as normas de hierarquia inferior; o Brasil foi um deles. (BARBOSA, 2019, 35).

Em nosso país, desde a Constituição do Império, já se consagrava o controle de constitucionalidade que, historicamente falando, tem sido ampliado significativamente. O que se apreende de estudos de direito constitucional, é que essa ampliação, gradual através da história, atingiu o ápice com a Constituição Federal de 1988, que criou meios pelos quais é aumentado o controle jurisdicional, ou seja, criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, instituiu a arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental, além de ter alargado a legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade. Depois, com a Emenda Constitucional n. º 3, de 1993, foi criada a ação declaratória de constitucionalidade, restando altamente fortalecido o controle concentrado.

Do cerne da constituição pode-se, certamente, extrair os seus preceitos, estejam eles ali expressos ou implícitos, "porque dedutíveis e decorrentes de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil". Preceitos vem a ser, conforme definição encontrada no Dicionário Aurélio: "Regra de proceder; norma... ordem, determinação...", e "preceitos, compreendidos dentro de sua dimensão substancial, como verdades, valores, ideias, convencimentos eleitos como viga de uma estrutura. Sem estrutura desaba o edifício constitucional. " Dessume-se, portanto, que não é suficiente existir a norma, faz-se mister que seja compreendida e observada por todos, e, somente assim, sendo cumpridos seus preceitos, a constituição assume sua relevante posição, tendo em vista que o sentimento de constitucionalidade está fundado na visão que se tem dessa Lei Máxima, que se trata de instrumento essencial por garantidor da paz e ordem no cotidiano da nação (POLETTI, 2008, 53).

Os preceitos trazem valores intimamente ligados aos cidadãos como pessoas humanas, merecedores, em quaisquer circunstâncias, de ter respeitados seus direitos à dignidade e integridade, no pensamento de Dimitri Dimolius"os textos constitucionais não se limitam a transmitir comandos, mas estão repletos de elementos simbólicos. Veiculam ideologias, crenças e sentimentos e estabelecem orientações políticas e elaboram formas de pensamento e ação. "(DIMOULIS,2007, 157).

Independentemente dos motivos ou interesses, forças motrizes que culminaram na edição, pelo STF, da Súmula Vinculante n.º 11, o fato é que se vislumbra uma intenção, motivada politicamente talvez, de se enfatizar o repúdio ao desrespeito à dignidade da pessoa humana. O ideal seria que as questões e situações que afligem a sociedade fossem solucionadas com critérios objetivos, atendo-se aos preceitos constitucionais, com doses sensatas de

sensibilidade, mas jamais decididas pelo subjetivismo tendencioso, é o. pensamento de grande parte de integrantes do mundo jurídico nacional e da sociedade brasileira.

Tendo adotado a teoria proposta por Hans Kelsen, o ordenamento jurídico brasileiro é uno, completo e coerente e a Constituição Federal, rígida, é lei fundamental e suprema, e diante dessa supremacia devem, as mais diversas situações jurídicas, estar em conformidade com os princípios e preceitos por ela trazidos. A Lei Maior encontra-se no vértice da pirâmide e, pressupõe a existência, abaixo dela, de um núcleo convergente de vontades democraticamente representadas.

Remota é menção de Constituição como um "elemento que confere forma à cidade, aquele que a constitui", segundo pensamento do filósofo Aristóteles, e, ainda na Grécia Antiga, Sócrates a identificava como "a Constituição é a alma da cidade" (SILVA, 2007, 157).

Não é diferente no mundo moderno que adota uma constituição e faz dela o parâmetro a nortear todo o ordenamento jurídico. Ora, diante da imprescindibilidade de estarem todos os atos jurídicos, constitucionais ou infraconstitucionais, em conformidade com a Carta Magna, necessário que seja convenientemente fiscalizada, ou seja, é preciso haja um controle da constitucionalidade de normas e atos jurídicos que vêm compor a ordem jurídica nacional.

Matéria ampla de Direito Constitucional cabe aqui, tão somente para não deixar lacunas no entendimento, uma breve explanação a respeito de controle de constitucionalidade. Não exclusivamente pela Supremacia da Constituição, bem como pela rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais por ela determinados, há que prevalecer um atento controle que não permita se vislumbre desconformidade de um ato normativo com o conteúdo material da constituição, ou não admita seja este ato normativo elaborado sem a observância das normas constitucionais concernentes ao processo legislativo.

Uma das formas de controle constitucional, e a mais familiar aos acadêmicos do direito, são a apresentada classificatória mente em inconstitucionalidade material e formal. A percepção da inconstitucionalidade formal exige certo conhecimento sobre a forma de tramitação de um projeto de lei que, para atingir sua meta, status de lei, percorre um, digamos, itinerário imperativo, composto de sucessivos atos que devem ser fielmente contemplados para a consecução do fim almejado, deixar de ser somente um projeto.

A inconstitucionalidade material ocorre e é patente quando o conteúdo da norma colide com preceitos ou princípios estabelecidos em dispositivo constitucional que versa sobre o mesmo tema. O Constituinte deixou ao legislador ampla liberdade de legislar, desde que a linha de demarcação para o exercício do mister seja respeitada, e esse limite estabelece que o

teor de uma norma não deve contrariar a Constituição, ou seja, deve estar em conformidade com seu texto e haver harmonia com suas determinações.

Pode ocorrer que, embora imbuído do propósito de não transpor a fronteira imposta, o legislador trate da matéria de modo inadequado, desproporcional, pouco razoável e excessivo. Em tais circunstâncias, provavelmente, a matéria será tida como inconstitucional. O STF, em seus julgados sobre inconstitucionalidade, tem apresentadas decisões fundamentadas no desrespeito ao princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o que vem demonstrar que tais princípios devem orientar os legisladores.

Cumpre ressaltar, sobre o controle de constitucionalidade, que o Constituinte de 1988 instituiu o STF como o Guardião da Constituição, ou seja, o STF tem a missão de zelar pela Carta Magna e fazê-la respeitada.

Logo percebe-se que a súmula é formal e materialmente inconstitucional, haja vista ser aclarado frontalmente o desrespeito ao devido processo legal e o princípio da razoabilidade. Somente a lei e o ordenamento Jurídico devem fixar os requisitos reais para a utilização ou não das algemas. Mostra- se muito claro a incompetência do Supremo Tribunal Federal, que não tem competência legislativa. Sendo de suma importância a exegese do princípio elementar da separação dos poderes, disposta no art. 2º, Constituição Federal da república, fixar os requisitos elementares.

Diante do exposto, e retornando ao assunto gerador desse estudo - a Súmula Vinculante n.º 11, como se pode crer que o órgão escolhido para a salvaguardar a Lei Maior, tome um rumo diametralmente oposto? Uma inconstitucionalidade, se verdadeiramente comprovada, deve ser banida do ordenamento jurídico, pois é uma negação do sistema, porém, se for necessário e relevante para a garantia de observância dos preceitos constitucionais, então não é inconstitucional.

CONCLUSÃO

Como foi demonstrado no presente trabalho, o uso de algemas pode trazer riscos para o cidadão, vez que pode ferir sua dignidade como pessoa humana, e os princípios que norteiam nosso ordenamento jurídico, bem como para os agentes da segurança publica, que tem que se ater a certos limites, pondo em risco sua própria vida e ainda serem responsabilizados civilmente, e em outras esferas, mesmo agindo em prol de seu dever legal.

Existem diversos requisitos legais que por si justificam a pratica do uso de algema, haja vista que cada agente associa de uma forma, o seu uso, assim como na pratica de uma abordagem policial, quando os ânimos estão exaltados, o policial não tem condições de prever se o indivíduo oferece risco, de modo que a tese de previsibilidade de condutas futuras dos indivíduos, esperado no texto da sumula vinculante nº 11 não se coaduna com a realidade.

.Após um longo período com uma demanda razoável de processos no Tribunal, aguardando respostas, com o principal objetivo de agilizar tais demandas, e com o fito de coibir, violação dos preceitos constitucionais e diminuir as discussões acerca desse assunto veio a pacificação do tema acerca da licitude do uso das algemas, vez que só é válida em casos excepcionais e a sua violação acarreta punição ao agente de segurança pública nas esferas civil, penal e administrativa, nos moldes aprovados do texto Sumular:

(...)Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo a integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

A Súmula Vinculante n.º 11 do Supremo Tribunal Federal não baniu o uso de algemas, mas sujeitou seu uso em situações especiais em que pese ser necessário seu uso, não se tratando de uma violação a dignidade da pessoa humana, mas tão somente como um instrumento necessário que preserva a incolumidade física e segurança de todos, inclusive do preso.

Destarte que tornar o uso de algemas uma exceção, em respeito aos direitos do preso e com a intenção de redução aos crimes cometidos por de abuso de autoridade e tortura, é apropriado, visto que o fato pode cercear, a atividade policial, de modo que o policial não consegue exercer sua atividade com excelência e satisfação, considerando-se que pode vim a responder processo, podendo ser processado e julgado por abuso de autoridade.

É importante para garantir os direitos do preso, mas também deve haver a visão da

necessidade de preservar a integridade da coletividade, de todos os envolvidos, no caso, em especial as autoridades policiais ou terceiros, visto que deve zelar pela segurança das pessoas no entorno do detido.

Por outro lado, faltou por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal, uma certa preocupação quanto a desestabilização causada no trabalho da polícia, a própria Corte desconhece totalmente o dia a dia da segurança pública brasileira.

Ademais, pode-se constatar que a Súmula Vinculante n. º 11 não se coaduna com a realidade de fato experimentada pelos profissionais da segurança pública no estrito cumprimento do dever legal, haja vista que os profissionais em voga são as principais partes que correm o maior risco de vida e enfrentam diversas situações complicadas, parecendo ser irrelevante para integridade física do policial.

É sabido que não cabe ao Supremo Tribunal Federal a função legislativa, pois deve a lei estabelecer critérios de utilização de algemas por meio do Congresso Nacional, com a edição da súmula vinculante nº 11, feri a Constituição Federal da Republica, levando os a concluir que a súmula em voga é inconstitucional.

Ademais a súmula é formal e materialmente inconstitucional, haja vista ser aclarado frontalmente o desrespeito ao devido processo legal e o princípio da razoabilidade.

Por derradeiro, conclui-se que o sistema brasileiro ainda carece de uma regulamentação especial sobre o uso de algemas, bem como à proteção da integridade física e moral.

Por fim, percebe-se a gritante inaplicabilidade prática e jurídica da Súmula Vinculante nº 11 do STF em todos os sentidos, visto a impossibilidade de qualquer ser humano, prever as reações de outro ser humano no momento árduo em que efetua sua prisão, sendo, portanto, uma garantia a segurança o uso de algemas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis; PERRONE-MOISÉS, Claudia (Coord.). **Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

ALVES, Pedro Paulo Pereira. **O uso das algemas na atividade policial.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1875, 19 ago. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11621>. Acesso em: 18 maio 2019.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS**.** Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso: 30 de

setembro de 2019.

BARBOSA, Júnior Alves Braga. **O uso de algemas**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/ artigos/exibir/1949/O-uso-de-algemas. >. Acesso em: agosto 2019.

BIFFI, Rodrigo Albuquerque. **Algemas e dignidade da pessoa humana**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3954, 29 abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27789>. Acesso em: 30 de setembro de 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores: 2001.

BRASIL._Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: Palácio do Planalto, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

_____. Código de Processo Penal. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Decreto-Lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 de setembro de 2019.

_____. Lei n° 7.210, de 11 de julho de1984. **Institui a Lei de Execução Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivl 03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 26 jan. 2012.

_____. Lei n°.13.869, de 05 de setembro de2019. **Institui os crimes de abuso de autoridade**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em: 19 junho de 2020.
BRASIL. Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Milita**r. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm>. Acesso em: 30 de setembro de 2019.

_____. Lei n° 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 de setembro de 2019.

_____. Lei n° 9.537, de 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9537.htm>. Acesso em: 30 de setembro de 2019.

_____. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Vade Mecum. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. 11ª Súmula Vinculante do STF limita o uso de algemas a casos excepcionais. 13 ago. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94467>. Acesso em: 30 de setembro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 11. 11 nov. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anex. 11.2008. pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2019.

_____. Lei Complementar nº 75 de 20 de maio de 1993. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm>Acesso em: 25 de outubro de 2019.

_____. Resolução nº 14 de 11 de novembro de 1994. MJ. Disponível em: < http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2019.

BROD, Helga da Silva. **Uso de algemas: o limite entre a licitude e o abuso**. 2009, 62f. Especialista a (Pós Graduação Ordem Jurídica e Ministério Público), Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. rcv. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

Conceito de algema. Disponível em: <http:/www.dicionarioinformal.com.br/algema.>. Acesso em: 16 junho. 2019

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Processo penal: **doutrina e prática**. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 10.
DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOTTI, René Ariel. Súmula vinculante nº 11: **o desabafo do presidente**. Revista Jurídica Consulex, ano XII, n. 279, 31 ago. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **RDD e regime de segurança máxima**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1205, 19 out. 2006. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/9061>.Acesso em: 30 de setembro de 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Juliana Araújo Lemos da Silva. Direito, ética e biossegurança: **a obrigação do**

estado na proteção do genoma humano. São Paulo: Ed. UNESP, 2008.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. **Ministério Público e direitos Humanos**: Campinas/SP: Bookeseler, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Processo penal. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO , 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Luiz Antônio Rizzaro. **O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **O uso de algemas e seu decreto regulatório serôdio**. 2016. Disponível em: < https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=17901>. Acesso em: Acesso em 16 junho. 2019.

POLETTI, Ronaldo Rebello do Brito. **As algemas e a inconsciência jurídica**. Revista Jurídica Consulex - Ano X - nº 231 - 31 de agosto de 2006 e SILVA, Uélton Santos. Uso de algemas. Revista Jurídica Consulex - Ano XI - nº 241 - 31 de janeiro de 2007.

POLICARPO, Júnior e FRIEDLANDER, David. Com algema: **Deputado perde o mandato e vai direto para a cadeia**. Revista VEJA, São Paulo, ano 32, n.15, p. 45, 14 abr. 1999.

PUOLI, José Carlos Batista. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Material da 3ª aula da disciplina Atualização Legislativa e Jurisprudencial em Direito Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Direito Público-UNISUL- REDE LFG.

QUEIROZ, Paola; MARTINS, Zigslayne; FREITAS, Daniela Borges. **Súmula n. 11 do STF**: a história das algemas e sua utilização hodierna. 2015. Disponível em: < http://www.aems.edu.br/publicacao/edicaoatual/sumario/2015/>. Acesso em: 16 junho. 2019.

RABELO, Graziele Martha. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em:<http://www.ambito=juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&arti go_id=6990>. Acesso 28 de maio de 2019.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Gonçalves; LENZA, Pedro (Coord.). **Direito processual penal esquematizado**. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SÃO PAULO (Estado). ASSEMBLEIA LEGISLATIVA Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/BuscaDdiLei?vgnextoid=82ea0b9198067110VgnVCM100000590014acRCRD&status=P&texto=Decreto+Estadual+n%C2%BA+19.903>.Acesso em: 30 de setembro de 2019.
SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

._____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988.

SILVA, Aldo Nunes Júnior. **Uso de algemas por policiais militares**. Revista Jurídica Consulex - Ano XI - nº 241 - 31 de janeiro de 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005 .

TÁVOTA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3.ed. Salvador: JusPODIVM, 2009

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TOSCANO, Fernando. **Direito e defesa do consumidor**: direito penal. 16 abr. 2005. Disponível em:<http://www.portalbrasil.net/2005/colunas/direito/abril_16.htm>. Acesso em: 30 de setembro de 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VALENTE, Fernanda. Se fundamentado, uso de algemas no Júri é legítimo, decide 1ª Turma do STF. Conjur. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/fundamentado-uso-algemas-juri-legitimo-decide-turma>. Acesso em 19 de junho de 2020.

VIEIRA, Luiz Guilherme. Abuso de autoridade – **O uso de algemas é desumano e degradante**. Disponível em: . Acesso em: 06 junho. 2019.

FERNANDA ELOÍSE SOUSA NOGUEIRA DE CARVALHO

O PRINCÍPIO DA IRRECORRIBILIDADE IMEDIATA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ART. 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia de Conclusão de Curso apresentada como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília.

Linha de Pesquisa: Direito Processual Civil

Orientador: Prof. Me. Gleidson Bomfim da Cruz.

Brasília
2020/1

RESUMO

O trabalho tem como objetivo geral apresentar quais são os efeitos jurídicos causados pela ampliação das hipóteses de utilização do recurso de Agravo de Instrumento, que se deu apor meio de votação de Recurso Especial Repetitivo (1.696.396 e 1.704.520) pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, buscando trazer uma análise panorâmica dos aspectos históricos, legislativos, jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema. O trabalho tem por objetivos específicos: Confrontar os argumentos utilizados pela Ministra Relatora Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial Repetitivo, assim como a contestação feita pela divergência vencida; Descrever como passou a ser aplicado o Recurso de Agravo de Instrumento após a publicação do referido Acórdão; Explorar como a legislação brasileira procede a respeito da aplicação do Agravo de Instrumento, com o posicionamento da Doutrina e da Jurisprudência. O trabalho tem como modalidade a pesquisa aplicada, tendo em vista que a problemática discutida se trata de situação que ocorre na prática diária da advocacia e encontra-se como alvo de debates de forma recorrente. Quanto ao seu propósito, pode ser considerada como qualitativa, pois se dispõe por meio da apresentação de análises dos institutos jurídicos referentes, com o objetivo de construir conhecimentos voltados a atingir uma conclusão sobre o tema. Assim, irá relatar e explicar as variáveis acerca dos efeitos jurídicos, de forma técnica e imparcial, buscando, por fim, uma resposta relativa ao instituto processual estudado. Como meio de exploração, a pesquisa se caracterizará pelo método bibliográfico, histórico e comparativo, visto que se fundamentará primordialmente em Jurisprudências, Doutrinas Jurídicas e Legislação seca. Diante o exposto, se estabelece que este trabalho se pautará sobre o método indutivo, pois haverá a observação, análise e discussão de institutos específicos, para então se alcançar um termo final de abrangência geral. Todavia, sem prejuízo deste, a pesquisa também terá o método dialético como base, uma vez que irá comparar os argumentos apresentados no julgado em questão, tanto o que prevaleceu quanto o que foi vencido, para se obter um exame panorâmico e um diagnóstico relativo à problemática. Para a exposição do tema, a monografia será organizada em quatro capítulos (incluindo a introdução), sendo que o segundo capítulo abordará o conceito de decisão interlocutória, apresentando seus aspectos históricos no Brasil e no mundo, bem como os institutos jurídicos capazes de impugná-las. O terceiro capítulo, será pautado na apresentação do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, expondo seus fundamentos doutrinários, aspectos legislativos e o entendimento jurisprudencial. Por fim, o último capítulo apresentará como se estabelece a taxatividade mitigada do art. 1.015 do Código de Processo Civil, trazendo os motivos, a base principiológica que a fundamentou, a análise jurisprudencial e a aplicabilidade prática.

Palavras-chave: Recursos. Agravo de Instrumento. Decisões Interlocutórias. Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The following work has the general objective to present which are the legal effects caused by the expansion of the hypotheses of using the appeal of "*Agravo de Instrumento"*, which was given through a voting of appeal "*Especial Repetitivo"* (1.696.396 and 1.704.520) by the Special Court from the Superior Court of Justice, seeking to bring a panoramic analysis of the historical, legislative, jurisprudential and doctrinal aspects about the issue. This work has the following specific objectives: to confront the arguments used by the Rapporteur Minister Nancy Andrighi in the trial of the Appeal "*Especial* Repetitivo", as well as the countercharge made by the overcomed divergence; Describe how the appeal of "*Agravo de Instrumento"* became to be applied after the publication of the referred court decision; Explore how Brazilian legislation proceeds with regard about the application of the "*Agravo de Instrumento"*, with the positioning of the Doctrine and the Jurisprudence. The work is based on applied research, having in mind that the problem discussed is a situation that occurs in the daily practice of advocacy and is the

subject of recurrent debates. As to its purpose, it can be considered as qualitative, because it is available through the presentation of analyses of the referring legal institutes, with the objective of building knowledge aimed at reaching a conclusion on the subject. Therefore, it will report and explain the variables about the legal effects, in a technical and impartial manner, seeking, at last, an answer regarding the studied procedural institute. As a means of exploration, the research will be characterized by the bibliographic, historical and comparative method, since it will be based primarily on Jurisprudences, Legal Doctrines and dry Legislation. Given what it was exposed, it is established that this work will be based on the inductive method, since there will be the observation, analysis and discussion of specific institutes, in order to reach a final term of general scope. However, without prejudice of this, the research will also have the dialectic method as a basis, since it will compare the arguments presented on the trial in question, both that which prevailed and that which was won, in order to obtain a panoramic examination and a diagnosis regarding the problem. For the exhibition of the theme, the monograph will be organized in four chapters (including the introduction), being that the second chapter will approach the concept of interlocutory decision, presenting its historical aspects in Brazil and in the world, as well as the legal institutes capable of confute them. The third chapter will be guided by the presentation of the principle of immediate irrecusability of interlocutory decisions, exposing their doctrinal foundations, legislative aspects and jurisprudential understanding. At last, the last chapter will present how the mitigated tax rate of the article 1.015 from the Code of Civil Process is established, bringing the motives, the principled basis that founded it, the jurisprudential analysis and the practical applicability.

Keywords: Appeals. *Agravo de Instrumento*. Interlocutory Decisions. Code of Civil Process.
Agravo de instrumento: Grievance of Instrument
Especial Repetitivo: Repetitive Special

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO110
2 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA112
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS.....
2.2 PREVISÃO LEGISLATIVA114
2.3 DA IMPUGNAÇÃO115
2.3.1 Recursos 115
2.3.2 Sucedâneos Recursais Internos 118
2.3.3 Incidentes Autônomos de Impugnação 120
3 IRRECORRIBILIDADE IMEDIATA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS123
3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS123
3.2 SURGIMENTO NO MUNDO125
3.3 SURGIMENTO NO BRASIL127
3.4 DEFINIÇÃO 131
3.5 ASPECTOS LEGISLATIVOS 135
3.5.1 Constitucionais 135
3.5.2 Infraconstitucionais 138
3.6 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL 141
3.6.1 Estaduais 141
3.6.2 Superior Tribunal de Justiça 145
4 A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ARTIGO 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL149
4.1 BASE PRINCIPIOLÓGICA150
4.2 O ARTIGO 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL151
4.2.1 Exposição de Motivos 152
4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL153
4.3.1 Tribunais de Justiça Estaduais 153
4.3.2 Superior Tribunal de Justiça 156
4.4 APLICABILIDADE PRÁTICA158
CONCLUSÃO.....57
REFERÊNCIAS.....59

1. INTRODUÇÃO

A legislação Civil Brasileira, no artigo 5º, LIV da Constituição Federal de 1988, estabeleceu que a aplicação do poder jurisdicional competente ao Estado só pode se dar através do devido processo legal, qualificando, dessa forma, tal instituto como um direito e uma garantia fundamental tendo em vista o capítulo onde se encontra previsto.

O devido processo legal é consagrado como um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, sendo este constatado em todas as áreas do direito processual. No processo civil, tal princípio costuma ser observado pelo contraditório, pela ampla defesa e no princípio recursal do Duplo Grau de Jurisdição, sendo que todos estes podem ser observados dentro do instituto dos Recursos.

Os Recursos processuais tratam da possibilidade de rever decisões, sendo que o Agravo de Instrumento é a modalidade de recurso aplicada em decisões interlocutórias, ou seja, aquelas que ocorrem no decorrer do processo instaurado. Porém, verifica-se que a admissibilidade de tal recurso não pode se dar em qualquer decisão interlocutória, cabendo desta forma, questionamentos acerca de seus pressupostos de admissibilidade e sua aplicação, os quais serão objeto de estudo da presente pesquisa.

O Código de Processo Civil promulgado em 2015, elencou no artigo 1.015 um rol taxativo apresentando as únicas possibilidades de utilização do Agravo de Instrumento, diferentemente do que se empregava no Código de Processo Civil anterior, de 1973, onde o rol utilizado tinha caráter exemplificativo.

Entretanto, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça votou, em sede de Recurso Especial Repetitivo (Resp 1.696.396 e Resp 1.704.520), a favor da mitigação do rol taxativo apresentado pelo artigo 1.015 do CPC, por sete votos a cinco, aumentando as hipóteses de interposição do Agravo de Instrumento quando houver o argumento de urgência do julgamento da questão levantada pela decisão interlocutória, em razão da inutilidade de apreciação em preliminares de Apelação ou de Contrarrazões.

Tem-se ainda, os debates acerca das intenções que o Legislador possuía ao modificar essa espécie recursal no CPC/2015, se este a buscava por sanar eventuais lacunas anteriormente apresentadas, sendo que tal hipótese se confirmará ou não por meio dessa pesquisa.

A partir do surgimento desse entendimento pelo STJ, nasce o questionamento acerca dos valores jurídicos que o ensejaram e seus reflexos sobre institutos e princípios do Direito Brasileiro, podendos estes estarem relacionados desde a hermenêutica jurídica até, por exemplo, a Segurança Jurídica, o Princípio da Durabilidade Razoável do Processo, a Preclusão, o Processo Legislativo, entre outros.

A presente pesquisa possui relevância por versar acerca dos institutos que envolvem a aplicação do Recurso de Agravo de Instrumento, tendo em vista que tal modalidade recursal é objeto de diversas controvérsias e discussão doutrinárias, sendo que suas possibilidades de interposição foram fundamento para o julgamento de Recursos Especiais pela Corte Especial do STJ.

A pesquisa busca esclarecer a aplicação do Agravo de instrumento mediante o novo entendimento trazido pelo STJ, com enfoque na importância que essa medida trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro.

É de suma importância confrontar e compreender os fundamentos que ensejaram a ampliação das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento, considerando que tal alteração afetará não apenas a prática jurídica, mas também colocará em debate diversos institutos jurídicos que foram atingidos por seus reflexos.

Tem-se ainda que, explorar uma situação jurídica que é alvo e gera tanto debate jurisprudencial e doutrinário, agregará considerável valor ao meio acadêmico, por contribuir na compreensão desses institutos do Direito pátrio.

2. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

No âmbito civil do sistema jurídico brasileiro, os processos judiciais se concretizam através de determinados procedimentos, os quais se perfazem por atos praticados pelas partes envolvidas e pela autoridade competente. Dentre os atos praticados pelo juiz, encontram-se as decisões interlocutórias.

No ordenamento jurídico brasileiro, entre os atos processuais praticados pelo juiz no primeiro grau de jurisdição, se encontram os despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças, como dispõe o art. 203 do CPC. A reavaliação de pronunciamento judicial já proferido, por instância superior, recai somente sobre as decisões interlocutórias e as sentenças (THEODORO, 2016).

Durante o curso de um processo há decisões que, em sua maioria, não discutem o mérito da demanda, tratando apenas de questões procedimentais ou de urgência, sendo conferida a essas o título de decisões interlocutórias (DIDIER; CUNHA, 2019).

As decisões interlocutórias possuem como padrão central o momento de sua ocorrência, que se realiza durante as fases processuais de uma demanda judicial, e o caráter de seu conteúdo, que suscita questões inerentes ao processo, preferencialmente, sem discutir o mérito.

Por não resolverem o mérito da lide por completo e serem proferidas durante o seu curso, as decisões interlocutórias não possuem força para colocar fim ao julgamento processual, uma vez que não tratam do principal objeto discutido, mesmo quando dispõem sobre fragmentos do mérito (THEODORO, 2016).

Existe a possibilidade de algumas decisões interlocutórias versarem sobre questões relativas ao mérito da demanda, mas não como um todo, apenas parcialmente. Por não haver a resolução completa da causa, tais proferimentos não desencadeiam o encerramento do processo.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A história do Direito se encarrega de apresentar as origens das normas jurídicas no plano global, demonstrando e analisando desde o viés do direito natural até a sua

positivação na forma escrita.

A percepção da impossibilidade de convivência social sem uma normatização do comportamento humano para resolver os eventuais conflitos, ocasionou na necessidade de se estabelecer um ente de poder, que fosse capaz tanto de impor e definir condutas quanto de solucionar as desavenças que ocorressem (OLIVEIRA, 2010).

Surge, através desse pensamento, a instituição do Estado, o qual possui poderes que o possibilita, de forma geral, administrar as relações sociais existentes entre os indivíduos usando o conjunto de normas que se estabeleceu (OLIVEIRA, 2010).

A jurisdição é um dos poderes estatais, de incumbência do Poder Judiciário, função na qual se busca solucionar os litígios, por meio do processo, onde há a aplicabilidade da lei ao caso concreto para se restabelecer o equilíbrio na sociedade (OLIVEIRA, 2010).

O Estado, sendo o ente a quem foi conferido o poder de estabelecer as regras de convivência e organização social, bem como os aspectos de prevenção e repressão necessários para se alcançar tais objetivos, se valerá de meios para implementar suas prerrogativas, sendo o processo uma das formas utilizadas.

Os indivíduos que se encontrarem diante de uma situação em que seus direitos estejam sendo violados ou ameaçados, devem buscar a jurisdição para requerer a tutela estatal e resolverem os seus litígios. Ao Estado pertence a incumbência de administrar, organizar e decidir as eventuais demandas ocorridas em sociedade, por intermédio dos instrumentos cabíveis.

O processo moderno, em sentido *lato*, é composto por procedimentos que estabelecem a forma de aplicabilidade entre a jurisdição, a norma hipotética e o caso concreto, sendo dividido pelos diversos temas referentes ao direito material. Todavia, a sua base se estabelece pelo processo civil, o qual é aplicado de forma subsidiária nas demais espécies (THEODORO, 2016).

O processo civil brasileiro é regido, principalmente, por meio de um código específico, que em suas disposições apresenta os atos que podem e devem ser praticados pelas partes envolvidas na lide, inclusive no que tange à autoridade julgadora.

A diferença entre sentenças e decisões interlocutórias pode ser observada já no Direito Romano, sendo que esta última era denominada de interlocuções e tratava de todos os pronunciamentos do juiz que não solucionavam o litígio (THEODORO, 2016).

Essa divisão existente entre os tipos de decisões processuais, surgida dentro do Direito Romano, ainda é reconhecida e seguida nas normas de direito processual do ordenamento jurídico brasileiro, sendo que dos atos praticados pelo juiz, apenas as decisões interlocutórias e as sentenças podem ser objeto de nova apreciação pelo Judiciário.

2.2 PREVISÃO LEGISLATIVA

No ordenamento jurídico brasileiro, as decisões proferidas durante os trâmites de uma demanda judicial possuem tratamento diferenciado de acordo com seu próprio caráter, sendo que as interlocutórias costumam dispor acerca de questões secundárias ao processo.

No ordenamento jurídico brasileiro, no livro IV do Código de Processo Civil, que trata a respeito dos atos processuais, encontra-se no art. 203, § 1º e § 2º, os quais dispõem acerca da diferença entre sentenças e decisões interlocutórias.

> Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
> § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.
> § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º (BRASIL, 2015, grifo do autor).

Quanto ao seu caráter decisório, as interlocutórias são tratadas de forma residual em relação às sentenças, uma vez que não possuem força para acarretar o fim da fase de conhecimento de uma apreciação judicial.

O artigo 356 do Código de Processo Civil destaca a possibilidade de haver o julgamento antecipado do mérito da lide de forma parcial, através de interlocutória, quando a questão já estiver apta para tanto, não havendo a necessidade de produção de mais provas (THEODORO, 2016).

Através das decisões interlocutórias, é possível haver o julgamento parcial e antecipado do mérito da demanda judicial, quando a fase instrutória puder ser suprimida, por já haver provas suficientes para apreciação.

Por solucionarem apenas alguns fragmentos do objeto da lide, as decisões interlocutórias a respeito do mérito não se confundem com as sentenças, uma vez que não possuem força para encerrar a fase de conhecimento.

2.3 DA IMPUGNAÇÃO

Os meios de impugnação às decisões judiciais no conjunto normativo brasileiro são compostos pelos institutos processuais denominados de recursos, sucedâneos recursais e ações autônomos de impugnação. Os sucedâneos recursais são divididos pela doutrina em internos e externos, sendo que esses últimos são considerados como ações autônomas de impugnação.

A distinção entre os meios de impugnação às decisões judiciais é feita em perspectiva residual, na qual é realizada análise acerca das características dos recursos, onde todo procedimento que não se enquadrar será considerado como sucedâneo recursal, podendo ser interno ou externo (NEVES, 2017).

2.3.1 Recursos

A forma para se identificar o instrumento processual cabível para se alcançar o contraditório, será mediante a observância dos pressupostos previstos em lei para a composição dos recursos. Quando não se configurar todos os requisitos necessários, será classificado como sucedâneo recursal.

> Essas características são vislumbradas no ordenamento jurídico na forma de princípios próprios da tutela recursal, possuindo maior destaque: o princípio da taxatividade, o princípio da singularidade ou unicidade recursal, o princípio da fungibilidade, e o princípio da proibição da *reformatio in pejus.*

Por força constitucional, consagra-se o princípio da taxatividade, que estabelece a obrigatoriedade de criação por lei federal para se possuir a qualidade processual de recurso. Dessa forma, não pode o sujeito da relação processual arguir, na forma de recurso, impugnação que assim não seja prevista (MONTENEGRO FILHO, 2007).

Entre as características que compõem os recursos, encontra-se a expressa previsão por meio de lei federal, sendo a matéria processual de competência privativa da União, conforme estabelece a Constituição Federal no art. 22, I. A partir dessa fundamentação, surge o princípio da taxatividade (MONTENEGRO FILHO, 2007).

A constituição Federal de 1988 dispôs em seu texto a respeito da taxatividade ser

uma qualidade que recai sobre os recursos, assim como também estabeleceu a capacidade legislativa sobre esse instituto, onde ficou determinado que os Estados, DF e Municípios não poderiam possuir competência para legislar sobre matéria de cunho processual, por se tratar de atribuição privativa da União, que não pode ser delegada aos demais entes (BRASIL, 1998).

Apesar da imprescindibilidade de disposição em lei federal, o ordenamento jurídico brasileiro não apresenta como requisito o enquadramento da impugnação sob um rol taxativo de previsões recursais dentro do Código de Processo Civil (MONTENEGRO FILHO, 2007).

Algumas leis esparsas, como a lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), também expressa em sua redação alguma possibilidade recursal, demonstrando a inexistência de um rol exaustivo de espécies recursais, sendo que o art. 994 do CPC aponta listagem de cunho exemplificativo (MONTENEGRO FILHO, 2007).

A necessidade de lei federal para a configuração de recurso, não determina que eles estejam previstos de forma obrigatória na composição do Código de Processo Civil, apesar deste apresentar o conjunto com as previsões recursais de maior destaque e uso na apreciação judicial. A taxatividade se constitui através da reserva de lei federal para o estabelecimento de normas processuais recursais, sendo possível que estas estejam dispostas de forma externa ao CPC.

O princípio da singularidade apresenta a ideia de que cada decisão judicial será impugnada mediante uma espécie recursal específica, conforme suas particularidades. Também versa sobre a unicidade dos recursos, uma vez que apenas um recurso poderá ser pleiteado por vez, não havendo capacidade para a interposição de mais de um recurso sobre uma decisão (THEODORO, 2016).

A singularidade que orbita sobre o requerimento da tutela recursal, impede a existência do processamento de mais de um recurso pleiteado pela mesma parte em razão da mesma decisão judicial. Ocorre que, cada decisão judicial estabelecida dentro de um processo possui aptidão para tratar de uma determinada particularidade da demanda, e deve ser questionada, em sua maioria, apenas mediante a espécie recursal que o legislador optou para aquela situação fática. Portanto, não há abertura normativa para a apresentação de mais de uma impugnação para um mesmo proferimento judicial.

No CPC de 2015, o princípio da fungibilidade é apresentado por meio de exceções, pois deve a parte interpor o recurso cabível para aquela determina decisão judicial, não podendo este ser convolado para o recurso correto, exceto quando a fungibilidade ocorrer entre recurso ordinário e recurso especial, assim como entre embargos de declaração e agravo interno (THEODORO, 2016).

Na codificação processual vigente, a fungibilidade recursal foi positivada apenas sobre determinadas espécies recursais, sendo possível a sua utilização somente quando houver a interposição de embargos de declaração e este for substituído para agravo retido ou no caso de apresentarem recurso especial e este ser mudado para recurso extraordinário, assim como quando a pretensão ocorrer de forma contrária das hipóteses apresentadas (DONIZETTI, 2017).

Incorporar como característica recursal a natureza fungível, que diz respeito à viabilidade de substituição do objeto por algo do mesmo gênero, demonstra a possibilidade de uma espécie recursal ser mudada por outra. Tal princípio, pode aparentar ir em direção oposta à singularidade, todavia, isso não se verifica, uma vez que esta qualidade é aplicada de forma mitigada.

O princípio da voluntariedade delibera sobre o direito de ação que a parte possui, sendo que o judiciário se encontrará inerte, exceto se for provocado. Significa, então, que para configuração do recurso é exigido o requerimento da tutela recursal, não podendo o juízo agir de ofício (THEODORO, 2016).

Dentro das prerrogativas que o magistrado possui, não se encontra a apreciação autônoma de tutela recursal sem a manifestação de protesto por aquele que, tendo em vista a ordem judicial decretada, sofreu prejuízo. É imprescindível que o sujeito prejudicado em demanda judicial expresse sua discordância por meio da apresentação do pedido da tutela recursal que deseja e que este esteja em conformidade com a situação processual necessária para o seu requerimento.

A proibição da *reformatio in pejus* existente sobre os institutos processuais recursais é tratada na forma de princípio pelo ordenamento jurídico pátrio, o qual diz respeito à impossibilidade da apreciação do recurso ocasionar um maior prejuízo à parte recorrente, sendo que a decisão, em seu montante benéfico, receberá caráter de trânsito em julgado (THEODORO, 2016).

Quando houver indeferimento ou improcedência de algum pedido postulado nos autos, a parte prejudicada poderá se valer da tutela recursal sobre tais solicitações, todavia, não terá legitimidade para questionar a matéria em que não se configurou o prejuízo. A ilegitimidade do sujeito processual ocorrerá em razão do trânsito em julgado material do conteúdo em que logrou êxito, não podendo este ser objeto de nova reinquirição.

2.3.2 Sucedâneos Recursais Internos

Algumas qualidades que são inerentes aos recursos também podem ser vislumbradas em outros meios de impugnação, porém, esses atributos não conservam o impulso para conferir a qualidade recursal às demais formas de questionamento encontradas na lei processual, uma vez que para tanto, é obrigatório a observância de todas as particularidades que são requisitadas para se caracterizar de fato uma modalidade recursal.

Os sucedâneos recursais internos são assim denominados por sua apreciação ocorrer dentro dos autos do processo que ensejou a decisão objeto da impugnação. Essa característica também é encontrada nos recursos, entretanto, esse instrumento processual de impugnação não possui todos os atributos para ser considerado juridicamente como uma espécie recursal (NEVES, 2017).

Quando a parte litigante, carregada de legitimidade e capacidade processual, necessitar refutar uma ordem judicial, e não houver no conjunto normativo previsão de modalidade recursal para tanto, mas sim outro método de se fazer esse questionamento dentro da mesma ação em que se deu a decisão, ela estará se valendo de um sucedâneo recursal interno.

O reexame necessário é uma modalidade de sucedâneo recursal interno que é aplicado independentemente de requerimento da parte sucumbente, quando a decisão for em desfavor da União, DF, Estados, Municípios e suas respectivas Autarquias e Fundações Públicas, bem como quando esta deferir totalmente ou parcialmente o pedido de Embargos à Execução fiscal. Ou seja, nesse caso, não há como requisito a voluntariedade para a sua interposição, ela é feita de forma direta em razão do princípio da soberania do interesse público (NEVES, 2017).

O reexame necessário apresenta como particularidade a inexigência de

voluntariedade pela parte prejudicada para a reavaliação da decisão proferida, em virtude de sua hipótese de incidência, que recai somente sobre os entes federativos e àquelas que possuem suas mesmas prerrogativas.

Essa qualidade é uma das distinções apresentadas quando o reexame necessário é analisado em perspectiva com os recursos, uma vez que esses devem ser interpostos de forma voluntária pela parte vencida, assim como não podem ser utilizados somente por determinados sujeitos processuais.

A correição parcial também é um sucedâneo recursal interno, pois apesar de está prevista na lei que dispõe sobre a organização da Justiça Federal, a doutrina já consolidou o entendimento de que ela não possui aplicação nacional, portanto, não é suficiente para suprir o requisito da taxatividade necessária aos recursos (NEVES, 2017).

Essa modalidade de impugnação é utilizada quando ocorre uma confusão procedimental, ou quando o magistrado deixa de proferir determinada decisão no curso de uma demanda judicial. Em ambos os casos, cabe ao órgão superior intervir quanto a confusão procedimental e a omissão do juízo de primeira instância (NEVES, 2017).

A correição parcial, apesar de suas circunstâncias de requerimento e de ter sua previsão disposta em lei federal, é conceituada majoritariamente pela doutrina jurídica como um meio de impugnação judicial que não se enquadra na forma de recurso, mas sim como um sucedâneo interno.

Dentro da concepção de sucedâneos recursais internos, outra forma de impugnação aos atos judiciais é o pedido de reconsideração, no qual o sujeito processual inconformado solicita ao juiz uma reconsideração, um novo posicionamento sobre sua própria decisão, sem necessidade de protelar o recurso cabível.

Nessa possibilidade, apesar de não haver a interposição direta do pedido da tutela recursal existente, não há violação da norma processual. O pedido de reconsideração tem por fundamento o excesso na prática das prerrogativas do magistrado, sendo que caso este aceite o pedido de reconsideração, não agirá de ofício, pois foi apresentado um requerimento de forma expressa pela parte.

O pedido de reconsideração pode ser feito no prazo do respectivo recurso cabível, sendo necessário a interposição deste último se o juiz não acolher o requerimento feito a princípio pela parte. Caso o juiz atenda o pedido exposto e reconsidere sua decisão, não será

preciso fazer uma apresentação do recurso, por haver perda do objeto (NEVES, 2017).

Em análise técnica, a reconsideração não possui força para substituir a necessidade de interposição dos recursos para ensejar uma nova avaliação das decisões judiciais quando houver previsão legal de instrumento recursal específico para a situação fática. Portanto, podem ser objeto de tal meio de impugnação, exclusivamente, as decisões que não precluem, sendo mera escolha da parte inconformada com a decisão o pedido de reconsideração ou a espera para suscitar a matéria em sede de preliminares de apelação ou contrarrazões (NEVES, 2017).

Para a doutrina, o pedido de reconsideração deverá ser aplicado apenas sobre decisões as quais não recaiam a preclusão, que são aquelas que podem ser questionadas em momento posterior, sem haver a perda do objeto em virtude do prosseguimento processual. Seguindo esse fundamento, os demais pronunciamentos devem ser impugnados somente pelos recursos adequados ao caso concreto, pelo fato da parte não poder levantar tais questões no futuro.

2.3.3 Incidentes Autônomos de Impugnação

A doutrina jurídica separa os sucedâneos recursais em duas categorias: internos e externos. Os sucedâneos recursais externos são compostos por ações autônomas de impugnação, que também são utilizadas para expressar a discordância com alguma decisão judicial.

A sua nomenclatura exibe a primordial característica e divergência com os recursos: a apreciação jurisdicional se dá em autos apartados da ação que ensejou o pronunciamento que se busca questionar (THEODORO, 2016).

A distinção entre os recursos e as demais impugnações mediante ações específicas e únicas, se exibe não apenas na estrutura de suas características, mas também, em razão dessas serem pleiteadas em procedimentos judiciais separados e não no curso da mesma apreciação judicial.

A lei prevê as seguintes modalidades de ações autônomas para questionamento de decisões judiciais: ação rescisória, ação de *querela nullitatis*, reclamação e mandado de segurança contra decisão judicial (THEODORO, 2016).

No Código de Processo Civil em vigência, a ação rescisória é apresentada como meio de invalidar decisão judicial que se enquadre nas hipóteses apresentadas pelo artigo 966, desde que seu conteúdo seja a respeito do mérito da demanda e que já tenha transitado em julgado. Ou seja, a rescisória engloba tanto as decisões interlocutórias de mérito, quanto as sentenças (DIDIER; CUNHA, 2019).

A rescisória é proposta pela parte para impugnar decisão que já transitou em julgado, mesmo que se trate de decisão interlocutória de mérito e que a fase de conhecimento ainda se prossiga, pela falta do julgamento completo da lide.

Ademais, é possível se valer de rescisória para impugnar decisão interlocutória que não trate do mérito e que já tenha transitado em julgado, quando essa impedir a propositura de nova ação ou impeça a admissibilidade do recurso cabível, desde que tais pronunciamentos se enquadrem no rol disposto pelo artigo 966 do CPC (DIDIER; CUNHA, 2019).

Existe a possibilidade de ação rescisória ser utilizada como meio de impugnação de qualquer decisão judicial, desde que se enquadre nas situações expostas no Código de Processo Civil e que já tenha transitado em julgado.

A *querela nullitatis* é uma ação utilizada para impugnar uma decisão que já fez coisa julgada, após o prazo da ação rescisória ter transcorrido, com fundamento na revelia por falta ou no vício de citação do réu. (DIDIER; CUNHA, 2019).

A *querela nullitatis* é uma forma de impugnar e anular uma ação que já teve um pronunciamento final acerca do mérito da demanda, não se confundindo com a rescisória, uma vez que se restringe apenas aos casos em que há vícios na citação.

A reclamação é uma ação que visa garantir a competência originária dos tribunais, mas também pode ser utilizada para impugnar atos que contrariem as decisões. No âmbito do STF, por exemplo, viabiliza a observância das decisões monocráticas ou colegiadas da corte, bem como as súmulas vinculantes (DIDIER; CUNHA, 2019).

O mandado de segurança individual e coletivo é disciplinado pela lei nº 12.016/2009 e é utilizado para questionar a não observância de direito líquido e certo por determinada autoridade, mas também pode ser utilizado para impugnar decisão judicial quando esta não possuir recurso com efeito suspensivo cabível para tanto e que ainda não tenha transitado em julgado. (DIDIER; CUNHA, 2019).

O mandado de segurança é a opção jurídica aplicada para se impugnar alguma decisão judicial que não possui na legislação algum recurso designado para refutá-la, sendo que deve se tratar de pronunciamento que ainda não fez coisa julgada, uma vez que decisões que já transitaram em julgado só podem ser anuladas pela via de rescisória ou até mesmo de *querela nullitatis*, dependendo do enquadramento nas hipóteses de utilização.

3. IRRECORRIBILIDADE IMEDIATA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

Ao se utilizar de um rol taxativo para dispor acerca das hipóteses de incidência do recurso de agravo de instrumento - o qual é meio de impugnação em desfavor de decisões interlocutórias - , no art. 1.1015 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), se suscita a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias como regra, sendo causas de exceção as situações tipificadas em lei.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias é evidenciado na seara da Justiça do Trabalho, onde não há possibilidade de impugnação das interlocutórias durante a fase de cognição, apenas posteriormente, em conjunto com o recurso em desfavor da sentença. No direito processual do trabalho, a figura do agravo de instrumento não possui a mesma finalidade que no âmbito civil, sendo o agravo de petição e o agravo interno utilizados para questionar interlocutórias já na fase de execução (JORGE NETO, 2007).

Durante a persecução dos processos trabalhistas, as partes litigantes deparam-se com o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, o qual as impossibilitam de interpor recurso contra tais proferimentos durante a fase de conhecimento da ação.

O legislador processual civil, ao extinguir a modalidade de agravo retido e manter somente a espécie de instrumento como recurso cabível contra interlocutórias, demonstrou o desejo de suprimir a recorribilidade dessas decisões. Ao estipular em um rol taxativo com o conteúdo que essas decisões devem possuir para que sejam impugnadas imediatamente pelo agravo de instrumento, manifestou a ideia de que as interlocutórias possuem como regra a recorribilidade em momento posterior (DONIZETTI, 2017).

3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Os institutos previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro para refutar as decisões proferidas nas demandas judiciais no âmbito civil são produtos de uma evolução histórica de direito material e processual, que se estabelece cronologicamente de forma conjunta com a própria narrativa da colonização feita por Portugal e do advento da República Federativa do Brasil.

Os procedimentos civis, além de suas demais disposições, também apresentam as formas em que a jurisdição é provocada dentro de um processo, sendo que entre seus vários institutos, encontram-se os Recursos, que possibilitam a revisão de determinadas decisões judicial.

O recurso é um instituto que nasceu fundamentado pelo princípio do duplo grau de jurisdição, o qual permite que na relação processual a parte prejudicada possa ter outra avaliação do direito material discutido, que em sua maioria, é feita perante outro órgão jurisdicional de hierarquia superior (THEODORO, 2016).

A oportunidade do requerimento de tutela recursal sobre pronunciamentos judiciais nasceu por força do princípio do duplo grau de jurisdição, dando capacidade legal à existência de uma nova decisão em uma mesma demanda, pelo mesmo órgão ou por um de instância superior.

O recurso possibilita que o jurisdicionado seja capaz de alcançar um novo posicionamento sobre a lide discutida quando a decisão anterior o prejudicar, o que traz uma sensação de maior segurança sobre o direito pelo qual se busca tutela (THEODORO, 2016).

A viabilidade de novo pronunciamento sobre questão já discutida confere ao jurisdicionado garantias quanto aos seus direitos processuais, tendo em vista que produz a aplicabilidade correta das normas ao caso concreto, evitando que sejam objeto de injustiças.

Durante o curso de um processo, há decisões que são preferidas de forma incidental, mas que em sua maioria, não discutem o objeto principal da demanda, tratam apenas de questões procedimentais ou de urgência (THEODORO, 2016).

As decisões interlocutórias possuem como padrão central o momento de sua ocorrência, que se realiza durante as fases processuais de uma demanda judicial, e acerca de seu conteúdo, que suscita questões inerentes ao processo, todavia, sem discutir o mérito.

A distinção entre sentença e decisões interlocutórias pode ser observada já no Direito Romano, sendo que esta última era denominada de interlocuções e tratava de todos os pronunciamentos do juiz que não solucionavam o litígio (THEODORO, 2016).

Essa divisão existente entre os tipos de decisões processuais, surgida dentro do Direito Romano, ainda é reconhecida e seguida nas normas de direito processual do ordenamento jurídico brasileiro, sendo que os atos praticados pelo juiz, em decorrência do processo, são os despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças.

O duplo grau de jurisdição diz respeito ao mérito da demanda, o que implica na impossibilidade de algumas decisões interlocutórias serem irrecorríveis, uma vez que não possuem respaldo pelo referido princípio (DIDIER; CUNHA, 2019).

Pensando na eventualidade do proferimento de decisões interlocutórias que discutem o mérito da demanda, o legislador do CPC de 2015 trouxe no rol que elenca as hipóteses de recorribilidade imediata dessas decisões, a previsão expressa delas terem nova avaliação mediante o recurso de agravo de instrumento (DONIZETTI, 2017).

Apesar do caráter das decisões interlocutórias serem, em sua maioria, acerca de pronunciamentos que não decidem o mérito da demanda processual, existe a possibilidade de algumas trazerem consigo a resolução das questões de fato e de direito apresentadas pelas partes.

Como esses pronunciamentos no curso do processo não versavam sobre a resolução da demanda, eles não eram abrangidos pela via recursal, por não haver respaldo pelo princípio do duplo grau de jurisdição, o que ocasionou a irrecorribilidade das decisões interlocutórias como regra (DIDIER; CUNHA, 2019).

3.2 SURGIMENTO NO MUNDO

O surgimento e aplicabilidade do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias deve ser observado, a princípio, nas legislações estrangeiras, onde se apresenta as alterações que ocorreram no instituto até o momento subsequente em que este passou a ser empregado no ordenamento jurídico brasileiro.

No período Romano, no início os recursos eram ações autônomas e não procedimentos dentro de um mesmo processo. Posteriormente, na terceira fase do Direito Romano, já havia a possibilidade de reexaminar as sentenças proferidas por meio dos institutos denominados de *appelatio* e *suplicatio* - sendo essa última aplicada às decisões proferidas por autoridades de grande grau hierárquico (PINTO, 2018).

Na ordenação de Direito Romano, não era possível questionar alguma determinação judicial no mesmo procedimento em que ela se deu, sendo que em caso de inconformidade, seria necessário que tal aversão fosse apresentada pela parte em um novo processo, não havendo sincretismo processual.

Não existia a figura do agravo para impugnar as decisões proferidas, uma vez que o Direito Romano tinha como objetivo predominante a solução da lide de forma célere, portanto, não se conferia a possibilidade de revisar as decisões que tratavam de questões procedimentais (ALVIM, 2002).

Neste caso, as decisões manifestadas durante o prosseguimento de um processo não possuíam previsão legal para serem questionadas nem após o fim da lide, apenas as sentenças poderiam ser objeto de tal indagação, tendo em vista que seu conteúdo resolvia o litígio.

Em Portugal, durante o reinado de Afonso III, a apelação era usada para impugnar as sentenças terminativas e as decisões proferidas durante o processo, entretanto, no reinado seguinte, a apelação passou a ser aplicada apenas nas sentenças definitivas, sendo que as decisões interlocutórias deviam ser questionadas pessoalmente ao rei (PINTO, 2018).

A figura do agravo surgiu pela primeira vez no Direito Português, nas chamadas Ordenações Afonsinas, já no reinado de Afonso III, mas somente foi estruturado e definido no governo de Afonso IV, em razão da revolta gerada através da proibição de se apelar contra as decisões proferidas no curso do processo (SANTOS, 2006).

A princípio, o surgimento da forma de impugnação de decisões judiciais por intermédio do instituto recursal do agravo se deu em Portugal, desde suas codificações do período imperial, apresentando a partir de sua confecção, diversas alterações com o intuito de se obter a melhor adequação da norma ao caso concreto.

A primeira espécie de agravo encontrada na legislação portuguesa é o agravo ordinário, que possuía função parecida com a *suplicatio* do ordenamento jurídico romano, onde a parte prejudicada postulava frente à Casa de Suplicação para tentar um reexame das decisões inapeláveis (SANTOS, 2006).

Apesar do direito romano não costumar se valer de meios de impugnação às decisões judiciais em sua legislação, o direito português, aplicava em aspecto semelhante uma de suas espécies de recurso.

O Direito Português, em sua totalidade, possuía o agravo ordinário, o agravo de petição, o agravo no auto do processo, agravo de ordenação não guardada e o agravo de instrumento (SANTOS, 2006).

O agravo de petição surgiu nas Ordenações Manuelinas (em 1521), onde o agravo

de instrumento, por sua vez, apareceu de forma mais simplificada. E no ano de 1526, foi instituído o agravo no auto do processo (SANTOS, 2006).

Outra mudança em destaque trazida pelas Ordenações Manuelinas, foi a separação das sentenças em: sentenças definitivas, interlocutórias mistas e interlocutórias simples, onde a apelação era aplicada nas definitivas e os agravos nas demais. Tal distinção também foi mantida na legislação seguinte, as Ordenações Filipinas (CORRÊA, 2001).

As Ordenações Filipinas criaram o agravo no auto do processo, tendo essa codificação entrado em vigor no ano de 1603, sendo uma compilação das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e das leis extravagantes em vigência (THEODORO, 2016).

Durante a época do Brasil Império, a legislação aplicada era as Ordenações do Reino, fato que se manteve após a proclamação da República, sendo mantida a possibilidade de agravo nas espécies de instrumento e de petição, onde esse último passou a ser interposto contra as decisões que extinguissem o processo sem a resolução do mérito (THEODORO, 2016).

3.3 SURGIMENTO NO BRASIL

Em decorrência do processo de colonização portuguesa, várias práticas dessa cultura foram herdadas ou mantidas após a proclamação da República Federativa do Brasil, sendo que também se aproveitaram alguns institutos do ordenamento jurídico, como por exemplo, os meios de impugnação às decisões judiciais.

A previsão do Agravo no ordenamento jurídico brasileiro, nas espécies de petição, instrumento e de autos no processo, a princípio, foram trazidas para o país pelas Ordenações Filipinas (PINTO, 2018).

O Agravo, desde a ordenação jurídica portuguesa, é utilizado como um meio de questionar e refutar alguma decisão decretada pelo juiz ou por alguma autoridade em um litígio, seguindo os requisitos necessários previstos.

O Código de Processo Civil de 1939 teve como fundamento a codificação de Portugal, da Alemanha e da Áustria, havendo nele a previsão do agravo de petição, de instrumento e de auto no processo (PINTO, 2018).

O CPC de 1939, por possuir influências de codificações estrangerias que previam

algumas modalidades de agravo, também apresentou em seu texto a possibilidade de questionar decisões judiciais mediante essa espécie recursal.

Nesse código, o Agravo de Petição era interposto contra as sentenças que extinguissem o processo sem a resolução do mérito (sentenças terminativas), perante o juiz de primeiro grau, que faria a remessa dos autos ao tribunal, sendo que esse recurso possuía efeito devolutivo e suspensivo. As demais sentenças seriam impugnadas mediante o recurso de apelação (DIDIER; CUNHA, 2019).

Quanto ao agravo de instrumento, esse só poderia ser interposto contra as decisões interlocutórias que estivessem expressas no rol do artigo 842, no prazo de 5 dias, a partir da intimação pessoal do advogado. Ou seja, havia um rol taxativo para as suas hipóteses de incidência (DIDIER; CUNHA, 2019).

O legislador desse código de processo civil, ao dispor acerca do agravo de instrumento, que já era utilizado para impugnar certas decisões interlocutórias, determinou uma listagem de situações fáticas que embasariam a utilização desse recurso, não podendo este ser interposto nos demais casos.

O agravo nos autos do processo era utilizado para evitar a preclusão de determinadas decisões, bem como em face de decisões que deferiam medidas preventivas (não cabendo às decisões que negassem o pedido). Ele poderia ser interposto por escrito ou verbalmente, porém reduzido a termo se não fosse feito durante audiência (DIDIER; CUNHA, 2019).

Em 11 de janeiro de 1973, foi promulgado um novo Código de Processo Civil, o qual era dividido em cinco livros, que tratavam do processo de conhecimento, processo de execução, processo cautelar, procedimentos especiais e das disposições gerais e transitórias (PINTO, 2018).

Sob a égide do código de 1973, houve a extinção do agravo de petição, ocasionando na utilização da apelação como recurso cabível diante de qualquer tipo de sentença, sendo ela terminativa ou resolutiva. Ou seja, independente da sentença extinguir o processo com ou sem a resolução do mérito, caberia apelação para sua impugnação (DIDIER; CUNHA, 2019).

No código de 1973, ocorreu a criação da figura do agravo retido no auto do processo, que possuía a função parecida com a do seu antecessor agravo no auto do processo,

sendo que esse devia ser mantido nos autos para ser conhecido posteriormente como preliminar de apelação ou de contrarrazões. (DIDIER; CUNHA, 2019).

Quanto ao agravo de instrumento, este continuou a ser interposto para impugnar qualquer decisão interlocutória, sem haver efeito suspensivo automático. As hipóteses cabíveis de efeito suspensivo, estavam dispostas no rol taxativo do art. 558 do referido código (DONIZETTI, 2017).

Na tutela recursal, o efeito suspensivo é aquele que, quando inerente ou conferido pelo juízo ao recurso, impossibilita a exigência do cumprimento da sentença protelada, obstando seus efeitos até a análise da impugnação pleiteada (NEVES,2016).

Com a nova codificação, manifestaram-se em seu escopo alterações sobre a possibilidade de se obter uma nova análise de pronunciamentos judiciais, podendo essas serem observadas, por exemplo, pela extinção de modalidade de impugnação, assim como a mudanças acerca do emprego das demais espécies de agravo.

No ano de 1992 o CPC recebeu novas alterações, sendo que em 1995 foi promulgada a lei nº 9.139. Essa lei modificou o recurso de agravo, que passou a ter apenas essa nomenclatura para se referir às suas modalidades de agravo de instrumento e retido (DIDIER; CUNHA, 2019).

Novamente, o legislador com o intuito de inibir a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, diminuiu a quantidade de categorias de agravo existentes na legislação processual brasileira, restando somente 2 modalidades vigentes.

A lei nº 11.187, de 2005, trouxe mudanças sobre o recurso de agravo, determinando que em regra, deveria ser aplicado a modalidade retida e a de instrumento apenas em hipóteses específicas, sendo elas: quando a decisão puder causar lesão grave e de difícil reparação; quando não for cabível a apelação; quando versar sobre os efeitos que a apelação possuíra quando recebida (DIDIER; CUNHA, 2019).

Ainda sob a codificação de 1973, a legislação processual continuou a receber alterações no que diz respeito às formas de impugnação das decisões interlocutórias mediante o recurso de agravo, desta vez, havendo uma supressão em maior montante sobre a sua previsão de incidência.

A possibilidade de interposição do agravo de instrumento nos casos em que a decisão pudesse causar à parte prejudicada lesão grave e de difícil reparação, gerou o desuso

do agravo retido, que passou a ser utilizado em poucos casos (DIDIER; CUNHA, 2019).

Ao sofrer alterações em relação às modalidades de Agravo, o novo texto relativo a esses dispositivos ocasionou de forma implícita a extinção do uso prático do recurso de Agravo Retido, ainda no CPC de 1973.

As constantes alterações na legislação do Código de Processo Civil de 1973, que possuíam o intuito de gerar uma melhor adequação com as mudanças na sociedade, iniciadas na década de noventa, resultaram na perda da coesão entre as normas processuais apresentadas e consequentemente na funcionalidade do código (Código de Processo Civil e normas correlatas, Senado Federal, 2015, 7º edição).

A necessidade de um novo compilado a respeito da legislação processual civil, nasceu através da falta de compatibilidade entre as normas e o contexto social contemporâneo, onde mesmo com as múltiplas alterações na legislação vigente, não foi capaz de suprir a inadequação.

Em 2015, foi promulgado um novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, sendo que essa nova codificação foi idealizada em razão da necessidade de atualização da sistemática processual que foi observada através das diversas alterações que foram feitas durante a vigência do CPC anterior.

Quanto à impugnação das decisões incidentais, foi extinta a modalidade do agravo retido, que anteriormente era o recurso utilizado como regra. Já o agravo de instrumento, que era utilizado como meio de impugnação para todas as decisões interlocutórias que pudessem causar prejuízo de difícil reparação, passou, na nova sistemática, a ser aplicado apenas nas hipóteses previstas em lei (DONIZETTI, 2017).

Na legislação em vigor, as hipóteses de interposição do agravo de instrumento estão elencadas em um rol específico apresentado pelo artigo 1.015, sendo que em um de seus incisos estabelece a possibilidade da aplicação nos demais casos previstos em lei. Todas as demais decisões enunciadas no percurso do processo, e que não se encontravam no dispositivo em questão, passaram a ter sua possibilidade de questionamento somente após o pronunciamento da sentença – que são recorridas mediante a interposição de apelação –, nas questões preliminares da apelação (DONIZETTI, 2017).

Pelo Código de Processo Civil de 2015, as decisões interlocutórias passaram a ser questionadas apenas mediante agravo de instrumento, visto que houve a extinção das

demais modalidades existentes na legislação revogada, sendo que no código anterior, este era cabível em desfavor de qualquer decisão desse cunho, sem haver a necessidade de seu conteúdo versar obrigatoriamente sobre situações previamente estabelecidas em lei, como se observa na lei processual civil de 2015.

O CPC de 2015 possui semelhanças com o código de 1939, no qual o artigo 842 que elencava um rol taxativo sobre as possibilidades da utilização desse recurso para impugnar as decisões incidentes que ocorriam antes da resolução do mérito.

Em 2018, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça votou, em sede de Recurso Especial Repetitivo (Resp 1.696.396 e Resp 1.704.520), a favor da mitigação do rol taxativo apresentado pelo artigo 1.015 do CPC, por sete votos a cinco, possibilitando a interposição do Agravo de Instrumento quando constatado a urgência do julgamento da questão levantada pela decisão interlocutória, em razão da inutilidade de apreciação em preliminares de Apelação ou de Contrarrazões (Revista Eletrônica do Superior Tribunal de Justiça. Acesso em 18 de outubro de 2019).

Diante do novo entendimento do STJ, o Agravo de Instrumento passou a ter o rol taxativo mitigado, uma vez que, a princípio, continuará a ser aplicado apenas nos casos narrados, porém, havendo exceções quando se comprovar a urgência de apreciação e a difícil reparação caso esta não ocorra de imediato.

A interposição do recurso de agravo de instrumento mediante a comprovação dos requisitos de urgência ou de difícil reparação em decorrência da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, também eram situações apresentadas pela disposição do Código de Processo Civil de 1973, como causas para ensejar a oportunidade de requerimento da tutela recursal.

3.4 DEFINIÇÃO

As decisões judiciais e os seus meios de impugnação fazem parte de um conjunto de procedimentos que caracterizam um processo, onde existe direitos e deveres a serem cumpridos, os quais são estabelecidos com o intuito de se alcançar o devido processo legal.

A Constituição Federal de 1998, em seu artigo 5º, LIV, apresentou o devido processo legal como requisito para a aplicação de penas restritivas de liberdade e para condenações que recaírem sobre o patrimônio do indivíduo envolvido na lide (BRASIL,

1998).

No ordenamento jurídico brasileiro, o surgimento do princípio do devido processo legal pode ser observado na Constituição de 1824, que determinava a necessidade de se provar previamente a culpa do acusado antes de lhe aplicar a pena restritiva de liberdade (PINTO, 2018).

O devido processo legal é considerado pela doutrina como a fonte dos demais princípios e garantias processuais, uma vez que ele impõe o seguimento de procedimentos previamente estipulados em lei, bem como exige que essas normas sejam adequadas para possuírem efetividade. Em suma, é o meio de se garantir e controlar as decisões judiciais para que essas alcancem seu real objetivo: a tutela jurisdicional justa (DONIZETTI, 2017).

O devido processo legal é o meio utilizado para se buscar a verdade dos fatos na questão levada à apreciação jurisdicional do Estado, sendo também a base do surgimento dos demais institutos processuais, que foram criados e são aplicados com o intuito de se obter a justiça ao caso concreto.

A ampla defesa e o contraditório são alguns dos instrumentos utilizados para se atingir o devido processo legal, por força do o art.5º, LV, o qual determina que essas garantias são asseguradas para todos aqueles acusados em sede judicial e administrativa, através dos meios cabíveis e dos recursos (PINTO, 2018).

Diante dessa perspectiva, é possível observar o fundamento para a criação dos princípios da ampla defesa e do contraditório, que estão previstos tanto na Constituição Federal como em alguns dispositivos dentro do Código de Processo Civil vigente. Esses princípios são empregados como intermédio para se obter os demais institutos que fazem parte de um processo judicial legal.

O contraditório se pronuncia acerca de vários direitos que recaem sobre as partes litigantes, como a participação efetiva no processo para tentar obter uma decisão em seu benefício, mas também, apresenta deveres que devem ser cumpridos pelo magistrado, como a necessidade de dar oportunidade para os envolvidos se manifestarem previamente sobre questão a ser decidida (DONIZETTI, 2017).

O contraditório traz consigo um conjunto de prerrogativas que as partes podem se valer dentro das respectivas fases processuais em que essas se adequam, conforme o previsto na lei processual, bem como também recai sobre algumas obrigações que o

magistrado deve cumprir durante o prosseguimento do processo, para que os litigantes tenham por completo a tutela jurisdicional.

A ampla defesa é constatada como a extensão do contraditório, que confere o direito à impugnação das decisões que causarem prejuízo ao jurisdicionado, as quais são feitas por meio dos sucedâneos recursais internos e externos, e pelas espécies recursais propriamente ditas.

A oportunidade que a parte possui de fazer um questionamento, por intermédios dos institutos processuais previsto na legislação, sobre algum dos atos judiciais impugnáveis praticados durante o processamento da causa, refutando estes, se confere pela existência da ampla defesa conjuntamente com o duplo grau de jurisdição que os processos judiciais possibilitam.

Os recursos e os demais tipos de impugnação em desfavor às decisões judiciais, remetem aos princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição, uma vez que quando a parte litigante se encontrar em situação de prejuízo em processo judicial e busca reaver tal entendimento, esse direito é conferido pela viabilidade de nova avaliação que alguns pronunciamentos judiciais possuem.

O direito ao duplo grau de jurisdição se encontra de forma implícita na Constituição Federal de 1998, sendo considerado como um efeito da previsão do contraditório, o que se conclui de forma consolidada mediante as decisões dos tribunais superiores nesse sentido (DONIZETTI, 2017).

A consagração do princípio do duplo grau de jurisdição em razão do devido processo legal pode ser observado pela sua contribuição no alcance da tutela jurisdicional mais justa possível, configurada pela possibilidade de revisão das decisões de mérito já proferidas (DONIZETTI, 2017).

Apesar de exercer a possibilidade de nova avaliação da decisão proferida, para ser aplicado, o duplo grau de jurisdição enseja que o primeiro pronunciamento tenha discutido e solucionado as questões de direito material, como condição imprescindível para a sua confecção. As decisões que não versarem sobre o objeto que deu causa à demanda, não trazendo consigo a solução da lide, serão carentes quanto a ostentação do fenômeno do duplo grau de jurisdição.

Diante dos requisitos necessários para se auferir uma decisão à nova apreciação,

se constrói a ideia de irrecorribilidade das decisões interlocutórias, vez que essas versam sobre questões incidentais, não encontrando respaldo dentro do contraditório, ampla defesa e duplo grau de jurisdição. Tal entendimento recebe força através da utilização, pelo legislador do Código de Processo Civil, de um rol único para tratar das situações em que essas decisões podem ser refutadas imediatamente, sem a obrigação de se esperar o pronunciamento da sentença para então, a parte poder apresentar sua inconformidade (DIDIER; CUNHA, 2019).

A impossibilidade de impugnação de um pronunciamento judicial sobre questão discutida de forma incidental no percurso processual, por intermédio das modalidades recursais dispostas por lei federal, não poderá ser utilizada como fundamento para a configuração de violação à disposição constitucional, a respeito do julgamento necessitar ocorrer através do devido processo legal, em razão da ausência do princípio do duplo grau jurisdicional que as interlocutórias possuem.

A princípio, sob a égide do reinado de Afonso IV, as decisões proferidas no curso da demanda, que não resolviam o mérito, eram impugnadas por via das apelações interlocutórias. Todavia, com o intuito de evitar que a solução dos litígios fosse postergada por conta dessa possibilidade, o imperador limitou a aplicação das apelações apenas sobre as sentenças (FREIRE NETO; CAVALCANTE, 2019).

No reinado de Dom Afonso IV (1325 a 1357), em Portugal, pode ser vislumbrado vestígios de uma inquietação jurídica acerca da recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, tendo em vista que o imperador acreditava que sua utilização não acarretava funcionalidade para a o processamento das lides, uma vez que expandia seu prosseguimento. Portanto, esse instituto processual foi suprimido no ordenamento jurídico desse país, na vigência da legislação desse período.

O modo em que recorribilidade das decisões interlocutórias é apresentada, através da restrição de seu uso nas ações de âmbito civil, ou pela impugnação exclusivamente nas preliminares de apelação após o proferimento da sentença, confere maior agilidade sobre os trâmites processuais.

As reformas aplicadas no processo moderno, com o intuito de revitalizar os instrumentos utilizados para se alcançar a jurisdição, estão seguindo em direção a desburocratização dos procedimentos judicias, evidenciando novas formas de solução do

litígio sem a necessidade de todo o percurso legal (como a conciliação e a mediação), para se reduzir o tempo de apreciação das demandas e conceder uma tutela jurisdicional mais rápida e efetiva (THEODORO, 2016).

3.5 ASPECTOS LEGISLATIVOS

O tratamento que a lei processual civil brasileira disponibiliza sobre a inaplicabilidade, em regra, de nova apreciação do decidido em sede de interlocutórias, no momento de seu proferimento, expõe a obstinação em se conservar o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, sendo que o legislador, ao estabelecer a normatização vigente, se propôs a buscar a apreciação das questões mais relevantes e que possuíam maior controvérsia na codificação revogada.

As normatizações acerca das matérias processuais possuem a Constituição Federal como ponto de referência e fundamentação, se propagando em diversas leis federais que versam sobre a criação, aplicação, ampliação e interpretação dos múltiplos institutos processuais vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

3.5.1 Constitucionais

A incumbência de editar as normas processuais brasileiras, de todas as esferas jurídicas, assim como o método legislativo utilizado para a sua confecção, estão dispostos no texto da Constituição Federal de 1988, como se observa no artigo 22, I e no artigo 61, respectivamente. A competência para legislar sobre conteúdo processual, é dirigida para a União, na forma privativa, por meio de lei federal.

A modalidade de competência legislativa privativa que a Constituição Federal dispõe, é aquela que, apesar de pertencer inicialmente ao ente federativo que o texto constitucional determina, também traz consigo a possibilidade de ser delegada para outro ente político, os Estados. Essa transferência de atribuição legislativa para outro ente estatal, deverá ser feita através de reserva de lei complementar (THEODORO, 2016).

Por força do artigo 18 da Constituição Federal, a federação é a forma de estado utilizada no Brasil, a qual dispõe sobre a organização político-administrativa dos Estados-

Membros, conferindo-lhes autonomia através da descentralização e repartição dos poderes, sendo que cada ente federativo terá liberdade para exercer as atribuições que a lei maior distribuir a ele (PAULO, ALEXANDRINO, 2017).

Tendo em vista a autonomia organizacional que gozam os entes políticos pertencentes à Federação, o texto constitucional outorga aos seus membros o poder de normatização sobre a disposição da Justiça que é aplicada em sua localidade geográfica, porém, respeitando as modalidades e as reservas de competência apresentadas na Constituição Federal.

Além de determinar quais são os entes federativos competentes para dispor sobre normas processuais, outros dispositivos constitucionais trazem obrigações e princípios que devem ser observados durante a normatização de regras processuais pelo legislador, assim como diretrizes a serem seguidas quando houver demandas sendo apreciadas pelos órgãos jurisdicionais (PAULO, ALEXANDRINO, 2017).

Os princípios constitucionais, entre suas variadas funções, são utilizados como meios de interpretação pelo legislador na criação, disposição e aplicação das normas processuais, podendo trazer a necessidade de normatização de determinado assunto ou estipular limites sobre estes. Algumas dessas fontes são direcionadas expressamente sobre questões processuais, como o princípio do duplo grau de jurisdição, do contraditório e da ampla defesa.

O fenômeno da utilização da principiologia constitucional sobre os institutos processuais compreende na necessidade de adequação entre essas normas, com o objetivo de trazer coerência ao ordenamento jurídico e acarretar maior êxito ao exercício jurisdicional, uma vez que a lei processual passa a se orientar com base na disposição da Constituição Federal (DONIZETTI, 2017).

A constitucionalização do processo relaciona como um conjunto único a lei maior pátria e as posteriores normas processuais, projetando sobre elas a força existente nos dispositivos constitucionais, em consequência da utilização dos institutos processuais como meio para se obter o cumprimento de garantias e direitos fundamentais apresentados na Carta Magna.

Os direitos conferidos aos jurisdicionados sobre matéria de cunho processual por disposição promovida em texto constitucional, tendo em vista sua compatibilidade, serão

considerados como garantias fundamentais, de observância obrigatória e de impossível supressão mediante projeto de Emenda Constitucional (DONIZETTI, 2017).

Na legislação processual civil, a constitucionalização do processo se apresentou de forma positivada por meio do art. 1º da lei nº 13. 105/2015. O referido artigo pronuncia-se sobre os demais dispositivos da lei, informando que todos eles se valerão com fulcro nos preceitos da Constituição Federal, expressando a força normativa de ordem constitucional que possuem (BRASIL, 2015).

O princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, o qual é aplicado sob o argumento da morosidade causada pelo recurso de questões incidentais, foi consagrado pelo legislador no Código Processual Civil vigente, expressando a utilização do referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

Em dezembro de 2004, por força da Emenda Constitucional nº 45, que alterou alguns artigos do texto constitucional, recaiu sobre o Poder Judiciário a obrigatoriedade de reformulação das normas de disposição e atuação jurisdicional. Uma das ampliações trazidas pela EC, foi expressada pelo art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, o qual conferiu a todos a duração razoável do processo e os meios para se alcançar a celeridade processual como um direito e garantia fundamental, tanto nas demandas apreciadas pelo judiciário quanto naquelas discutidas no âmbito administrativo (LENZA, 2018).

Esse princípio, surgiu na estrutura das normas brasileiras com o intuito de trazer maior efetividade sobre a tutela jurisdicional conferida pelo Estado, para que os seus jurisdicionados possuam segurança jurídica quando levarem seus litígios para apreciação pelo Poder Judiciário, devendo ser conferido uma apreciação jurisdicional seguindo os moldes do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, mas de maneira hábil. A demora em se atingir um final do processamento das lides, muitas vezes propicia a inutilidade do pedido requerido, pela perda do objeto discutido na demanda judicial (LENZA, 2018).

Dentro as principais novidades proporcionadas pela EC nº 45/2004, houve a alteração de regime jurídico conferido aos tratados e convenções internacionais que versassem a respeito de Direitos Humanos, os quais passaram a ter força de norma constitucional. Todavia, também foi exigido que, para terem a sua vigência aplicada na estrutura jurídica brasileira, será necessário que passem pelo mesmo rito de votação necessário para aprovar uma emenda constitucional (LENZA, 2018).

A duração razoável do processo, apesar de possuir suas premissas distribuídas de forma expressa em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, tem por origem os mandamentos constitucionais, se encontrando no rol de Direitos e Garantias Fundamentais. A partir de sua entrada em vigor, a parte litigante passou a ter direito de requerer, pelos métodos previstos em lei, a observância e o cumprimento dessa garantia fundamental.

A Emenda Constitucional nº 45, na ampliação dos direitos em razão dos jurisdicionados, e a constitucionalização das leis processuais, provocou a atenção do legislador sobre questões que acarretassem a celeridade no processamento das causas judiciais, para consequentemente, se obter a tutela jurisdicional de forma efetiva. Dessa forma, a normatização que tende a alcançar uma maior celeridade nos trâmites judiciais tem por fundamentação o princípio da razoável duração do processo.

A preocupação com a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias pode ser encontrada em disposições legais desde a época do Direito Romano, sendo vista como fruto da necessidade de haver institutos capazes de reconhecer a imprescindibilidade da celeridade processual. No ordenamento jurídico brasileiro, a celeridade processual possui força normativa de direito fundamental, em virtude do art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988.

3.5.2 Infraconstitucionais

No ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se um conjunto de espécies normativas que surgem a partir das disposições da Constituição Federal, que apresenta quais são os tipos normativos existentes, suas atribuições, o processo pelo qual devem passar para serem constituídas, as pessoas e autoridades que podem ensejar o seu projeto de criação, assim como as matérias que são reservadas para serem tratadas apenas mediante a utilização de alguma determinada modalidade de norma jurídica.

O texto constitucional estabeleceu a competência privativa sobre normas de conteúdo processual como incumbência da União, que por conta de sua forma, permite que essa possa ser transferida aos Estados, em razão da autonomia que possuem. Quanto aos recursos, principal forma de se refutar processualmente uma decisão judicial, foi reservado a sua disposição através de lei federal, todavia, sem prejuízo dos demais métodos de

impugnação.

A lei processual possui as codificações como base de sua disposição, sendo que no âmbito civil, a Lei nº 13.105/2015 manifesta o código de processo civil, que é considerado a principal normatização sobre questões processuais, uma vez que este é aplicado de forma subsidiário em outras áreas jurídicas, como na seara penal e trabalhista (ALVIM, 2016).

A retirada, pelo CPC/2015, da possibilidade do agravo retido, deixando apenas o agravo de instrumento como espécie recursal para a impugnação de decisões interlocutórias, assim como a alteração do regime de preclusão que recai sobre essa espécie de pronunciamento judicial, veio para solucionar os problemas de morosidade processual que eram apontados pela doutrina. As decisões carregadas da possibilidade de questionamento, por força de previsão de instrumento cabível para tanto, precluirão se não forem impugnadas no momento adequado, por determinação dos artigos 223 e 507 da lei em epígrafe (SENADO FEDERAL, 2015).

A preclusão é uma consequência processual que recai sobre a parte litigante que deixa de praticar um ato que lhe foi designado ou possibilitado no lapso temporal estipulado, e que razão de sua inércia, não poderá ser objeto de questionamento futuro, visto que se perdeu o prazo para sua alegação (ALVIM, 2016).

O art. 223 do CPC/2015 prescreve a perda do direito de agir em razão da ausência de alegação no período que lhe foi concedido, salvo em caso de justificativa legalmente aceita. Em consonância com tal disposição, o art. 507 regulamenta o impedimento de se questionar decisão pronunciada durante o seguimento do processo, quando essa puder ser refutada e a parte não arguir sua inconformidade no prazo processual que o meio necessário para tanto possui.

Com o advento das alterações trazidas pela codificação processual, as decisões incidentais que não encontrarem previsão legal para serem questionadas imediatamente após a sua exibição, não serão eivadas de efeito preclusivo, em razão de sua discordância poder ser suscitada apenas ao final da fase de conhecimento, junto com a espécie recursal designada para tanto.

O legislador, ao fazer a exposição de motivos e a explicação acerca do código de processo civil vigente, demonstrou a forma em que os conteúdos são apresentados no referido código, sendo que as garantias fundamentais de cunho processual, possuem previsão já no

Livro I da Parte Geral, sob o aspecto de premissas que devem ser observadas nos demais dispositivos.

Os comandos apontados pelo art. 4º do código de processo civil sobre celeridade processual, não são direcionados às partes litigantes, eles recaem sobre a figura do legislador, que fica incumbido de consagrar a celeridade quando for produzir técnicas processuais, com o intuito de evitar que os trâmites legais ensejem a inviabilidade ou inutilidade da apreciação jurisdicional, tendo em vista que a morosidade sobre a resolução do processo o torna ineficaz (DIDIER, 2015).

O artigo 4º do CPC/2015 exibiu na lei infraconstitucional da esfera judicial cível, o direito imposto pelo comando constitucional do art. 5º LXXVIII, onde as pessoas que levarem suas desavenças para serem discutidas pelo judiciário devem conseguir a solução de suas dessas de forma célere, por intermédio de instrumentos ágeis que sejam capazes de conseguir dar efetivação à tutela jurisdicional buscada.

Os pronunciamentos judiciais feitos durante a apreciação de uma demanda pelo judiciário, que dispõem sobre questões necessárias ao seu prosseguimento, mas que não costumam trazer uma conclusão ao litígio, os quais são denominados de decisões interlocutórias, encontram na lei infraconstitucional, tendo o art. 1015 do CPC/2015 como parâmetro para a sua possibilidade de questionamento à órgão de instância superior (ALVIM, 2016).

O artigo 1.015 do código de processo civil vigente, desenvolve uma lista de situações fáticas que são resultados de decisões interlocutórias, das quais cabe o questionamento pela via recursal, por intermédio do agravo de instrumento, conforme preceitua o caput desse dispositivo. Esse rol, pela a supressão dos antigos métodos existentes para a contestação dessas decisões, elenca todas as hipóteses em que a parte que discordou com seu posicionamento pode questioná-las concomitantemente com o momento processual em que elas foram emitidas.

Em razão da existência de apenas uma modalidade recursal para a impugnação imediata de decisões interlocutórias – que ocorre por interposição de agravo de instrumento – , e que o Código de Processo Civil reserva apenas um dispositivo para as circunstâncias de seu cabimento, a configuração desse instituto demonstra a observância do legislador para com a duração razoável do processo, visto que estabelece a irrecorribilidade imediatas desse

tipo de decisão (DONIZETTI, 2017).

3.6 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Em conformidade com as leis que versam sobre as questões de interposição de recursos ou de modo diverso de impugnação aos pronunciamentos judiciais no decorrer do processo que, em sua maioria, não trazem o fim do objeto discutido entre os sujeitos da demanda, a sua sustentação aponta em direção ao art. 1015 do CPC/2015, que limita a sua função.

Não obstante às leis, a jurisprudência também encontra lugar como fonte do Direito, sendo utilizada para elaboração de normas e para solucionar demandas judiciais no caso concreto através de teses estabelecidas pelo entendimento da autoridade julgadora, quando se constata a repetição das mesmas situações fáticas sendo levadas para apreciação pelo judiciário (CÂMARA, 2016).

Jurisprudência é a nomenclatura adotada para se referir à técnica de interpretação normativa desempenhada pelos juízes e Tribunais, que encontra força e impulso para ser usada em outros litígios apreciados por esses órgãos quando seu posicionamento é seguido de maneira consecutiva.

3.6.1 Estaduais

No âmbito da apreciação jurisdicional, as autoridades competentes podem utilizar as decisões proferidas em demandas anteriores como fundamento para solucionar litígios futuros que tenham objeto igual ou semelhante, tornando-as verdadeiros precedentes, sendo que em alguns casos, a sua observância se torna de cunho obrigatório.

Na forma do artigo 926, § 1º do Código de Processo Civil, os órgãos jurisdicionais estaduais, no desenvolvimento de suas atribuições, podem ser valer de interpretações e entendimentos judiciais que foram originalmente desenvolvidos no processamento de uma ou de diversas demandas, no mesmo ou em outro tribunal, desde que essas possuam o conteúdo igual ou parecido no que diz respeito à causa de pedir do litígio (BRASIL, 2015).

A jurisprudência, que são precedentes de decisões judiciais aplicados de forma

repetitiva, deve ser feita pelos tribunais de maneira em que essa se mantenha seu entendimento estabilizado, para que não se tenha controvérsias quanto o seu seguimento. O caput do art. 926 do CPC/2015, impõe que os precedentes judiciais sejam estáveis, íntegros e coerentes, para que sua incidência em casos posteriores seja eficaz e sem abertura para eventuais dúvidas de interpretação (NEVES, 2017).

Em consonância com a legislação processual civil, os Tribunais Estaduais, a respeito da impossibilidade de impugnação instantânea das decisões judiciais proferidas de forma incidental durante o andamento do processo, reafirmam o estabelecido no Código de Processo Civil, como se observa no Acórdão 961196 do Tribunal de Justiça do DF e Territórios.

Nessa decisão, a 3º Turma Cível julgou a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que negou o pedido de gratuidade da justiça pela falta de comprovação da incapacidade financeira, bem como estabeleceu prazo de 10 dias para a parte recorrente fazer caução a respeito das custas processuais.

> CLASSE DO PROCESSO: 0160020206999AGI - (0022372-15.2016.8.07.0000 - Resp. 65 CNJ-ACÓRDÃO: 961196 – DATA DE JULGAMENTO: 17/08/2016 – ÓRGÃO JULGADOR: 3ª TURMA CÍVEL – RELATOR: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA – EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MULTIPLA. CONHECIMENTO EM PARTE DO RECURSO. HIPOTESE NÃO ALBERGADA PELO ART. 1.015 DO CPC/15. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PESSOA JURÍDICA. DOCUMENTOS ANEXADOS. DENOTAM AUSÊNCIA PRESSUPOSTOS LEGAIS. INCAPACIDADE FINANCEIRA NÃO COMPROVADA.
> I - O art. 1.015, do Código de Processo Civil, estabelece taxativamente, quais as hipóteses cabe o agravo de instrumento, sendo este recurso restrito aos casos nele estabelecidos.
> II - Não há espaço interpretativo para o cabimento de agravo de instrumento contra decisões que não se inserem naquele rol. [...] NEGA-SE PROVIMENTO, UNÂNIME. ROL TAXATIVO[...] (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016).

O Agravo de Instrumento interposto foi conhecido apenas de forma parcial, visto que a fixação de prazo para depósito de caução não fundamenta o uso dessa espécie recursal, uma vez que essa hipótese não se encontra no rol taxativo do art. 1.015 do Código de Processo Civil.

O artigo 1.009 do CPC/2015 estabelece a Apelação como instrumento recursal utilizável para se impugnar o decidido em sentença judicial, que informa a resolução das questões de mérito. O parágrafo primeiro do dispositivo em epígrafe, dispõe sobre a

utilização da mesma modalidade de recurso sobre decisões interlocutórias que foram estipuladas durante a apreciação da causa, mas que não encontravam nas hipóteses do art.1015 do mesmo código, previsão legal para pugnar tais pronunciamentos por intermédio do Agravo de Instrumento (BRASIL, 2015).

A faculdade do litigante ofertar questionamento em momento posterior, em virtude da discordância questões dispostas em interlocutórias, das quais não são admissíveis o emprego de agravo de instrumento como requerimento da tutela recursal, também encontra respaldo em manifestações do TJDFT, como se contempla no Acórdão 1061658:

> CLASSE DO PROCESSO: 07115707720178070000 - (0711570-77.2017.8.07.0000 - Res. 65 CNJ) – ACÓRDÃO: 1061658 – DATA DO JULGAMENTO:23/11/2017 – ÓRGÃO JULGADOR:5ª Turma Cível – RELATOR: ANGELO PASSARELI – EMENTA:DIREITO PROCESSUAL CIVIL.INADMISSIBILIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA NO ROL TAXATIVO DO ART. 1.015 DO CPC. NÃO CONHECIMENTO CONFIRMADO. DECISÃO MANTIDA. 1 - À exceção das hipóteses taxativamente previstas no art. 1015 do CPC, as decisões interlocutórias não serão recorríveis de imediato, mas apenas como um capítulo preliminar do recurso de Apelação interposto contra a sentença ou nas contrarrazões recursais. 2 - Cuidando-se de decisão que determinou a suspensão da Ação de Busca e Apreensão até o julgamento do REsp 1578526/SP, não se encontrando o Feito na fase de cumprimento de sentença, é descabida a interposição de Agravo de Instrumento, haja vista que tal matéria não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no rol taxativo do art. 1.015 do Código de Processo Civil. (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017).

O recurso de Agravo de Instrumento, como espécie recursal estabelecida pelo CPC/1025, carrega as características e pressupostos de observância obrigatória para a sua configuração, requerimento e recebimento pelo órgão judicial designado para o seu processamento.

Os recursos, para que sejam conhecidos pelo juízo de admissibilidade, devem possuir em seu corpo os pressupostos para tanto, sendo o cabimento um deles. O cabimento trata da adequação do recurso interposto com o conteúdo apresentado no proferimento judicial, uma vez que cada espécie recursal possui uma situação para ensejar a sua interposição, tendo em vista o princípio da singularidade (GONÇALVES, 2018).

O artigo 1.016 do Código de Processo Civil estabelece o Tribunal de Justiça de instância superior, do respectivo juízo, como o competente pela causa, sendo o órgão judiciário designado para receber diretamente o pedido de Agravo de Instrumento, bem como a sua apreciação. No segundo grau de jurisdição, o relator que for responsável por administrar

a tutela requerida, poderá arguir, de ofício, a inadmissibilidade do recurso pleiteado por ausência de algum pressuposto imprescindível para o seu conhecimento, por fundamento no art. 932, III, do mesmo código (BRASIL, 2015).

Os dispositivos legais que regem as regras dos trâmites processuais acerca do requerimento recursal em questão, encontram harmonia com os precedentes auferidos em pronunciamentos do TJDFT, como se analisa no Acórdão nº 1007963 do respectivo órgão judicial.

> 20160020442379AGI - (0046769-41.2016.8.07.0000 - Res. 65 CNJ ACÓRDÃO:1007963 – DATA DO JULGAMENTO:29/03/2017 –ÓRGÃO JULGADOR:4ª TURMA CÍVEL – RELATOR:ARNOLDO CAMANHO – EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. MANUTENÇÃO. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CPC. 1. Impossibilita-se a reforma da decisão monocrática que negou seguimento a agravo de instrumento incabível e, portanto, manifestamente inadmissível, porque interposto em face de decisão que determinou a produção de prova pericial, que não se encontra no rol taxativo previsto no art. 1.015, do CPC[...] (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017).

A decisão monocrática do relator, que decidir pelo não conhecimento do recurso interposto, poderá ser refutada por outra espécie recursal, o Agravo Interno. Essa modalidade, assim como as demais, requer o cumprimento dos pressupostos, sob pena de inadmissibilidade. Entretanto, por fundamento no art. 1.021, § 4 do Código de Processo Civil, quando a sua inadmissibilidade por conferida mediante decisão unânime do colegiado, se impõe a aplicação de multa ao agravante (BRASIL, 2015).

A necessidade de observância de determinados encargos expressos legalmente como requisitos para a solicitação de tutela recursal é avaliado pelo tribunal a qual ela é endereçada, sendo que, quando o órgão não os reconhece e, consequentemente indefere o seu recebimento, pode ser questionado quanto à sua decisão, mas a parte que o fizer deve possuir meios para comprovar o equívoco, para evitar a condenação em multa.

A pena de multa aplicada em virtude da interposição de recurso inadmissível, por não possuir algum dos pressupostos recursais necessários, tem por fundamento o cuidado do legislador em tentar evitar a protelação da lide por parte do agravante (DONIZETTI, 2017).

O pleito judicial por Agravo de Instrumento em situações processuais que não

encontram respaldo em sua lista de incidência, ocasionando a inobservância do pressuposto recursal de cabimento, confere ao relator que conduz o seu seguimento, a possibilidade de recusar isoladamente a sua apreciação judicial, assim como a condenação pecuniária pelo colegiado quando restar comprovado a falta do requisito, em sede de agravo interno.

3.6.2 Superior Tribunal de Justiça

A atuação do Poder Judiciário ocorre por intermédio de seus próprios órgãos e respectivos agentes públicos, sendo que entre seus conselhos de julgamento encontra-se o Superior Tribunal de Justiça, corte que se estabelece em nível das instâncias superiores de apreciação jurisdicional, acerca de seus assuntos pertinentes à sua competência.

O STJ detém a competência de estabilizar a aplicação das normas jurídicas infraconstitucionais, pacificando sua interpretação através do efeito expansivo que suas decisões carregam. O artigo 927, IV do Código de Processo Civil, outorga aos julgados do STJ o efeito vinculante sobre seus julgados de matéria que não seja de cunho constitucional, que devem ser observados pelas autoridades julgadoras nos diferentes graus de apreciação judicial, ainda que possuam entendimento jurisprudencial divergente quando essas forem de observância *erga omnes*, em virtude de sua competência (NEVES, 2018).

O estabelecimento de efeito *erga omnes* pelos tribunais superiores sobre seus pronunciamentos, revela que a eficácia desses deve recair sobre todos a quem possui prerrogativa para vincular, e não somente às partes que postularam a demanda que teve como fruto essa declaração (THEODORO, 2016).

Em razão de suas atribuições, de ordem constitucional ou infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça será capaz de solucionar dúvidas existentes em virtude da interpretação da legislação federal. Dependendo do efeito agregado ao seu posicionamento, este será de imprescindível acatamento por aqueles que a vinculação relaciona.

O Código de Processo Civil, uma vez disciplinado pela Lei Federal nº 13.105/2015, é firmado como passível objeto de análise pelo STJ, através de suas prerrogativas.

O STJ, quando suscitado sobre a interpretação do artigo 1.015 do CPC a respeito da utilização de agravo de instrumento para impugnar questão que não se recepciona no

mencionado dispositivo, reafirmou a sua taxatividade, como na decisão monocrática proferida devido ao requerimento de Recurso Especial, de nº AREsp 1218688:

> RELATORA: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI – DECISÃO Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado: AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO INTERTEMPORAL. EXCEÇÃO INCOMPETÊNCIA. IN ADMISSIBILIDADE. ART.1015 DO CPC. ROL TAXATIVO. AGRAVO IMPROVIDO. APLICAÇÃO DE MULTA. 1. Agravo interno contra decisão que não conheceu do agravo de instrumento, uma vez que a declinação da competência não se enquadra no rol taxativo de cabimento previsto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil. 2. Inviável a ampliação das hipóteses previstas no referido artigo, pois o legislador deixou claro quais seriam as decisões interlocutórias passíveis de impugnação pela via do agravo de instrumento[...]. Destaca-se que a decisão recorrida foi publicada depois da entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do novo Código de Processo Civil, conforme Enunciado Administrativo 3/2016 desta Corte. Denota-se que a agravante não teceu argumento algum sobre o fato do não cabimento de agravo de instrumento a declinação de competência por não se enquadrar no rol taxativo do artigo 1.015 do NCPC, deixando, assim, de impugnar este fundamento autônomo e suficiente para a manutenção do acórdão recorrido. Ante o quadro, incide, por analogia, a Súmula 283/STF. [...]Em face do exposto, nego provimento ao agravo. Intimem-se. Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2017. (BRASIL, 2017).

O julgado em epígrafe, retrata a tentativa do pedido de apreciação feito ao STJ acerca de recurso especial, tendo em vista a improcedência de um agravo interno em desfavor de decisão que não permitiu a tentativa de impugnação de decisão interlocutória na forma do agravo de instrumento. Todavia, a parte teve seu pedido negado, vez que a decisão incidental que buscou questionar, não estava nas hipóteses de cabimento do recurso que interpôs.

No Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016, o tribunal determinou a necessidade de demonstração dos pressupostos de admissibilidade para o reconhecimento do pedido de tutela recursal, em conformidade com o CPC/2015, quando o requerimento fosse protocolado efetivamente após a entrada em vigor do código. Assim, os julgamentos dessa matéria teriam que seguir os procedimentos estabelecidos no Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2016).

A corte do STJ, no julgado citado, reiterou a taxatividade que carrega o dispositivo apresentado, confirmando a intenção do legislador em trazer para a lei processual uma quantidade específica de situações processuais que ensejariam questionamento imediato das interlocutórias no processo.

Em 19 de dezembro de 2018, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça votou, em sede de Recurso Especial Repetitivo (Resp 1.696.396 e Resp 1.704.520), a respeito da

viabilidade de se conferir o caráter mitigado ao rol apresentado pelo artigo 1.015 do CPC, ampliando a arguição de Agravo de Instrumento sobre demais tipos de decisões interlocutórias.

> RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. 1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal. 2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação" [...] (BRASIL, 2018).

Por sete votos a cinco, a Corte Especial do STJ votou a favor da mitigação do dispositivo legal que ostenta as possibilidades de recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, alterando a interpretação auferida pelo legislador do Código de Processo Civil, retirando a supressão que recaia sobre as hipóteses de interposição do Agravo de Instrumento.

No relatório de voto apresentado pela Ministra Relatora Nancy Andrighi, foi argumentado que os precedentes reiterados dos tribunais e a doutrina jurídica majoritária, apresentam discordância com a natureza taxativa do art. 1.015 do CPC/2015, alegando que o conjunto normativo processual não se adequa com a taxatividade do dispositivo, pela existência se questões importantes que o ultrapassam.

> 3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo. 4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. 5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria

> meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. 6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. 7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.[...] (BRASIL, 2018).

A mitigação do artigo 1.015 do CPC/2015 poderá se configurar quando a parte recorrente comprovar a urgência que a questão carrega, necessitando ter sua nova apreciação naquele momento processual, mediante o argumento de que a análise em período posterior, em sede de preliminares de Apelação ou de Contrarrazões, ocasionaria a inutilidade da matéria em suscitada (DIDIER; CUNHA, 2019).

Pelo rol taxativo mitigado, quando se tratar de situação não elencada pelo CPC/2015, o cabimento da recorribilidade imediata da decisão deverá prosseguir de maneira subjetiva, restando a análise do caso concreto pela autoridade julgadora para se reconhecer a eventual apreciação da tutela recursal desejada.

O art. 927, caput e inciso III do Código de Processo Civil, estabelece que os Tribunais e juízes devem observar obrigatoriamente os Acórdãos proferidos em julgamento de recursos especiais, como é o caso da decisão do STJ que mitigou a taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC (DIDIER; CUNHA, 2019).

4. A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ARTIGO 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Na ementa do julgamento do Recurso Especial 1.704.520, a Ministra Relatora Nancy Andrighi alegou que, para tratar da discursão sobre a utilização do recurso de agravo de instrumento como forma de impugnação de decisões interlocutórias que não se enquadrem no rol taxativo, não seria possível se aplicar a tese da interpretação analógica, extensiva ou exemplificativa, e apresentou a tese da taxatividade mitigada do artigo 1.015 do Código de Processo Civil como a forma mais viável para solucionar o uso de tal ferramenta processual.

A analogia é considerada como uma fonte de direito secundária, que se configura no uso de determinada legislação em situação que não seja completamente correspondente com o apresentado pela norma hipotética, mas que se enquadra através da semelhança apresentada no caso concreto. A analogia se consagra expressamente por meio do artigo 4º da LINDB (STOLZE, 2019).

No julgado que levou à mitigação do rol taxativo do artigo 1.015 do CPC, a utilização do recurso de agravo de instrumento em situações além das enumeradas pelo dispositivo, de forma analógica ou extensiva, foi recusada. O fundamento exposto para a inutilização do emprego da analogia ou do entendimento extensivo, seria a impossibilidade de se englobar todas as situações fáticas semelhantes às elencadas pelo artigo e o choque que causaria entre institutos jurídicos que não se adequam.

Quanto à tese de interpretação extensiva, houve a recusa tendo em vista que faria o novo entendimento entrar nos moldes do CPC de 1973, que foi alterado propositalmente pelo legislador do CPC de 2015 em razão da ineficácia da anterior codificação, ocasionando a interferência na competência do Poder Legislativo e o efeito repristinatório.

O fenômeno jurídico da repristinação se concretiza através da volta de legislação que foi revogada anteriormente, por meio da perda da vigência do dispositivo que a revogou. A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942), em seu artigo 2, § 3º, determinou expressamente a inobservância, em regra, desse fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro (STOLZE, 2019).

Na decisão do Recurso Especial 1.704.520, foi adotada a tese da taxatividade mitigada ao artigo 1.015 do Código de Processo Civil, determinando que o rol elencado ainda iria demonstrar as hipóteses fixas de cabimento do recurso de agravo de instrumento, mas que também seria mitigado. A mitigação seria utilizada na forma de exceção, abrindo a possibilidade do uso dessa espécie recursal nos casos fora do dispositivo, quando observada a urgência de recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, em razão da inutilidade da apreciação em momento processual posterior.

4.1 BASE PRINCIPIOLÓGICA

A fundamentação alegada para a mitigação da taxatividade do rol de hipóteses de incidência do Agravo de Instrumento exposto pelo Código de Processo Civil, seria a sua incapacidade de satisfazer as necessidades processuais e o desencontro com normas fundamentais do processo.

O artigo 5ª, inciso LIV da Constituição Federal de 1988, consagrou expressamente o princípio do devido processo legal, estabelecendo que ninguém será processado e julgado sem a observância dos correspondentes trâmites legais. Do devido processo legal, foram produzidos alguns princípios, como o contraditório e da ampla defesa, que são base para o duplo grau de jurisdição (MORAES, 2019).

O contraditório e a ampla defesa são fruto do princípio do devido processo legal, sendo que esses princípios conferem à parte litigante a possibilidade de praticar atos em prol de sua defesa, bem como de ter sua demanda apreciada por todos os graus de jurisdição disponíveis, nos moldes da lei.

O duplo grau de jurisdição é um princípio constitucional implícito, o qual consagra a possibilidade de parte insatisfeita com a decisão de primeiro grau, ter uma nova apreciação da demanda por instância superior (TICIANELLI, 2005).

A avaliação, por instância superior, de decisão judicial de primeiro grau, estabelece a distinção entre o princípio do duplo grau de jurisdição e o princípio da recorribilidade, uma vez que não há hierarquia superior em recursos julgados pelo próprio juízo *ad quo* ou nos casos de demandas de competência originária (NUCCI, 2013).

Algumas doutrinas estabelecem que o princípio do duplo grau de jurisdição seja um direito fundamental, entretanto, o fato dele ser implícito, a necessidade de hierarquia

superior e a existência de ações de competência originária, demonstram que o princípio do duplo grau de jurisdição não tem aplicabilidade plena.

4.2 O ARTIGO 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil, em seu artigo 1.015, enumera uma relação de circunstâncias processuais hipotéticas sobre decisões interlocutórias, nas quais é possível impugnar o seu conteúdo por meio da via recursal, mediante o pleito do Agravo de Instrumento.

Dentre as decisões interlocutórias passíveis de impugnação por meio do recurso de Agravo de Instrumento, encontram-se no Código de Processo Civil:

> **Art. 1.015**. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
> I - tutelas provisórias;
> II - mérito do processo;
> III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
> IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
> V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
> VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
> VII - exclusão de litisconsorte;
> VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
> IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
> X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
> XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º ;
> XII - (VETADO);
> XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
> Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.
> (BRASIL, 2015).

Ressalta-se que, além das hipóteses explícitas nos incisos do dispositivo em epígrafe, o Código de Processo Civil também estabelece o uso do recurso de agravo de

instrumento em outras situações que estejam previstas expressamente em lei, como ocorre na Lei nº 11.101 (Lei da Recuperação Judicial).

O parágrafo único do art. 1.015 do CPC, também trouxe a possibilidade do emprego de agravo de instrumento em desfavor de interlocutórias ocorridas durante a liquidação ou cumprimento de sentença, desde que aconteçam em causas de execução ou de processo de inventário.

4.2.1 Exposição de Motivos

O Código de Processo Civil de 1973, durante sua vigência, sofreu constantes mudanças em seu texto, nos mais diversos institutos processuais, ocasionando o desuso ou inviabilidade de alguns dispositivos.

A partir dos anos 90, se deu início a um período em que houve constantes alterações na legislação do Código de Processo Civil de 1973, as quais buscavam a consonância entre o positivado e a realidade social do momento. Por serem recentes, essas normas não se adequavam com as demais disposições do código, o que gerou a perda de sua funcionalidade e eficácia (Código de Processo Civil e normas correlatas, Senado Federal, 2015, 7º edição).

Em 2015, foi apresentado o projeto de um novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor no ano posterior. A nova codificação da principal fonte de direito processual do âmbito cível, mudou o tratamento conferido às interlocutórias, em relação à sua impugnação pela via recursal.

> O legislador, no anteprojeto do Código de Processo civil de 2015, cogitou retirar do âmbito das demandas judiciais cíveis a possibilidade de recorribilidade das decisões interlocutórias de forma imediata. Todavia, em razão da quantidade e do conteúdo das questões de competência do direito civil, optou-se por manter tal instituto, porém, alcançando apenas algumas hipóteses dispostas no referido código (DONIZETTI, 2016). No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias é apresentado de forma expressa na Justiça do Trabalho, onde não há a figura do Agravo de Instrumento ou outro recurso cabível para impugnar esse tipo de pronunciamento (DONIZETTI, 2016).

Entre as mudanças que os institutos jurídicos sofreram no decorrer da vigência do CPC de 1973, houve a supressão das espécies do Recurso de Agravo, restando apenas uma modalidade.

No desenvolvimento do código posterior, o legislador, com base no processo do trabalho, pretendia abolir a possibilidade de se impugnar as interlocutórias pela via recursal. Por fim, com fundamento na extensão das demandas cíveis, foi estabelecido hipóteses específicas de utilização do Agravo de Instrumento

4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Os recursos, quando apresentados pela parte litigante, passam por um juízo de admissibilidade que analisa se serão conhecidos ou não. O conhecimento de um recurso determina que ele alcançou os requisitos necessários para interposição desse instituto processual, permitindo a apreciação de seu conteúdo material.

Entre os pressupostos de admissibilidade de um recurso, encontra-se o cabimento, que diz respeito à correspondência da espécie recursal pleiteada ao caso concreto, tendo em vista que cada modalidade é voltada para impugnar determinada situação estabelecida em lei federal (DIDIER; CUNHA, 2019).

No Código de Processo Civil de 1973, o Agravo de Instrumento foi direcionado como medida recursal para decisões que pudessem causar algum tipo de lesão grave ou de difícil reparação, quando não fosse cabível a apelação ou acerca dos efeitos dessa, quando admitida (DIDIER; CUNHA, 2019).

Com a extinção da espécie do Agravo Retido e a supressão das possibilidades de interposição do recurso de Agravo de Instrumento advindas pelo Código de Processo Civil de 2015, os órgãos judiciais passaram a receber demandas questionando quanto a aplicação desse instituto em situações diversas do previsto na legislação.

4.3.1 Tribunais de Justiça Estaduais

Na codificação de 2015, o legislador delimitou as hipóteses de cabimento em um rol taxativo, que posteriormente foi mitigado por decisão da Corte Especial do STJ, criando

a exceção para casos em que a parte comprove a urgência de impugnação imediata da decisão interlocutória, acarretando e um análise subjetiva do caso concreto.

O julgamento pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça quanto a mitigação do rol taxativo do art. 1.015 do CPC, ocorreu em 19 de dezembro de 2018, contudo, é possível examinar na jurisprudência a inobservância da análise do caso concreto, como se manifesta a decisão proferida pelo TJDFT no Acórdão Nº 1236675, proferido em 11 de março de 2020:

Órgão 5ª Turma Cível Processo N. AGRAVO INTERNO CÍVEL 0720296-69.2019.8.07.0000. Acórdão Nº 1236675 AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 1.015/CPC. ROL TAXATIVO. PRESCRIÇÃO. HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA NO CPC. NÃO CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. O artigo 1.015, do CPC/2015 trouxe rol taxativo de cabimento do recurso de agravo de instrumento, sendo este recurso restrito aos casos nele estabelecidos. 2. Não cabe agravo de instrumento contra decisão que determina a emenda da petição inicial, uma vez que o rol do art. 1.015 do CPC não contempla tal caso. 3. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2020).

O Agravo Interno é a modalidade recursal cabível contra decisão monocrática de relator, previsto no artigo 1.016 do Código de Processo Civil, o qual possibilita a reforma da decisão proferida pela autoridade julgadora, ou a posterior apreciação pelo órgão colegiado do tribunal, em caso de não haver retratação (STOLZE, 2019).

O artigo 932, inciso III do CPC, estabelece os deveres que o relator designado possui, sendo entre eles, o não conhecimento do recurso tido como inadmissível, tendo consonância com o caso apresentado, em vista da falta do pressuposto de admissibilidade relativo ao cabimento.

Em razão do conteúdo da interlocutória proferida, que não se encontra nas possibilidades estabelecidas expressamente pelo Código de Processo Civil, o recurso de agravo de instrumento não foi reconhecido pelo relator, que proferiu decisão monocrática impugnada através do Agravo Interno.

O relator, ao apresentar seu voto em sede do Agravo Interno – que foi seguido pelos demais desembargadores designados para apreciar o recurso –, fundamentou que a negativa quanto a inadmissibilidade do Agravo de Instrumento apresentado se fez considerando a taxatividade do art. 1.015 do CPC.
Não foi citada a tese a respeito da taxatividade mitigada conferida ao dispositivo pelo STJ, assim como a possibilidade de análise da urgência ou inutilidade de apreciação em momento processual posterior.

O Senhor Desembargador ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO – [...] Cuida-se de Agravo Interno interposto contra decisão unipessoal desse Relator, que não conheceu do recurso de agravo de instrumento, eis que não constante das hipóteses de cabimento contempladas pelo art. 1.015 do CPC. A parte Agravante aduz que há doutrina que defende a possibilidade de ampliação do rol exposto no apontado artigo, e que as hipóteses de cabimento de agravo nele previstas não são taxativas, mas sim, exemplificativas. Não convencido pelas razões deduzidas no agravo interno da necessidade de reforma da r. decisão proferida monocraticamente, deixo de exercer o juízo de retratação e levo o recurso para o julgamento colegiado, nos termos do art. 1.021, § 2º, do CPC. Com efeito, o artigo 1.015, do CPC/2015 trouxe rol taxativo de cabimento do recurso de agravo de instrumento, sendo este recurso restrito aos casos nele estabelecidos. (AZEVEDO, 2020).

Tendo em vista o histórico de legislação acerca desse instituto, o debate a respeito do cabimento do recurso de Agravo de Instrumento aplicado ao caso concreto se tornou objeto de apreciação jurisdicional, como pode ser observado na decisão do Agravo Interno n. 2166750-94.2019.8.26.0000/50000 , de Acórdão nº do TJSP, ocorrida em 13 de dezembro de 2019.

1ª Vara Cível da Comarca de Piracicaba Agravo Interno n. 2166750-94.2019.8.26.0000/50000 Voto n. 17.533 AGRAVO INTERNO. Agravo de instrumento. Requisitos de admissibilidade. Cabimento. Matéria probatória. Deferimento de perícia e adiantamento de honorários. Inadequação. Hipótese não

prevista no artigo 1.015 do CPC. Mitigação do rol. Impossibilidade, na espécie. Requisitos da urgência e da inutilidade do julgamento da questão devem ser examinados sob a perspectiva de potencialidade de retrocesso processual e de dificuldade ou de impossibilidade de restabelecimento da situação jurídica que se buscava tutelar no recurso de agravo. Pressupostos não preenchidos no caso concreto. Recurso inadmissível não conhecido, na forma do artigo 932, III, do CPC. Decisão monocrática mantida. Agravo não provido (SÃO PAULO, 2019).

O pronunciamento judicial em epígrafe foi estabelecido após a mitigação do art. 1.015 do CPC, onde a parte litigante questionou o cabimento do agravo de instrumento contra decisão interlocutória que deferiu a perícia e adiantamento de honorárias, o qual foi tido como inadmissível pelo relator e negado pelo órgão colegiado.

Ao apreciar o Agravo Interno interposto, o órgão colegiado observou a tese da taxatividade mitigada do art. 1.015 do CPC, determinando a negativa após fazer a análise subjetiva do caso concreto e constatar que não se tratava de circunstância de urgência ou inutilidade de apreciação posterior.

4.3.2 Superior Tribunal de Justiça

A mitigação da taxatividade do art. 1.015 do Código de Processo Civil, trouxe a eventualidade da interposição do recurso de Agravo de Instrumento fora das hipóteses mencionadas no dispositivo, na forma de exceção, quando apresentado os requisitos necessários. Tendo em vista o novo entendimento, o STJ passou a julgar diversas demandas acerca da aplicação da taxatividade mitigada.

Em 12 de março de 2019, o STJ julgou o Recurso Especial nº 1.752.049, que tinha como objeto a aplicação do inciso I do art. 1.015 do CPC. O caput do dispositivo afirma que as espécies de decisões interlocutórias impugnáveis através do Agravo de Instrumento, seriam elencados nos incisos e parágrafos a frente.

> PROCESSUAL CIVIL. CONCEITO DE "DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE VERSA SOBRE TUTELA PROVISÓRIA" PARA FINS DE RECORRIBILIDADE IMEDIATA COM BASE NO ART. 1.015, I, DO CPC/15. ABRANGÊNCIA. CONCEITO QUE COMPREENDE O EXAME DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES, A DISCIPLINA SOBRE O MODO E

> PRAZO PARA CUMPRIMENTO, A ADEQUAÇÃO DAS TÉCNICAS DE EFETIVAÇÃO E A NECESSIDADE OU A DISPENSA DE GARANTIAS. EXTENSÃO PARA A HIPÓTESE EM QUE SE IMPÔS AO BENEFICIÁRIO O DEVER DE ARCAR COM AS DESPESAS DE ESTADIA DO BEM IMÓVEL EM PÁTIO DE TERCEIRO. IMPOSSIBILIDADE. (...)2- O propósito recursal é definir se o conceito de "decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas provisórias", previsto no art. 1.015, I, do CPC/15, abrange também a decisão interlocutória que impõe ao credor fiduciário o dever de arcar com as despesas relacionadas ao depósito do bem em pátio de terceiro. 3- O conceito de "decisão interlocutória que versa sobre tutela provisória" abrange as decisões que examinam a presença ou não dos pressupostos que justificam o deferimento, indeferimento, revogação ou alteração da tutela provisória e, também, as decisões que dizem respeito ao prazo e ao modo de cumprimento da tutela, a adequação, suficiência, proporcionalidade ou razoabilidade da técnica de efetiva da tutela provisória e, ainda, a necessidade ou dispensa de garantias para a concessão, revogação ou alteração da tutela provisória. 4- Na hipótese, a decisão interlocutória que impõe ao beneficiário o dever de arcar com as despesas da estadia do bem móvel objeto da apreensão em pátio de terceiro não se relaciona de forma indissociável com a tutela provisória, mas, sim, diz respeito a aspectos externos e dissociados do conceito elementar desse instituto, relacionando-se com a executoriedade, operacionalização ou implementação fática da medida. 5- Recurso conhecido e não provido (BRASIL, 2019).

A Terceira Turma de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar se era possível interposição do Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória que tivesse como conteúdo a imposição do credo fiduciário como responsável pelo pagamento dos custos gerados através depósito do bem em garantia em pátio de terceiro, estabeleceu o conceito sobre a expressão apresentada pelo inciso I do art. 1.015 do CPC.

Nesse julgamento, o entendimento do STJ delimitou a extensão do cabimento de Agravo de Instrumento em razão de interlocutórias que tratam sobre tutelas provisórias, estabelecendo a utilização apenas quando seu conteúdo dispor sobre a análise dos requisitos de deferimento, a revogação, a alteração, a necessidade de garantias, o prazo e modo de cumprimento, sendo que essa última hipótese engloba os valores da proporcionalidade no meio disposto para a efetividade da tutela.

Ao delimitar quais decisões interlocutórias, acerca de tutelas provisórias, são impugnáveis pelo recurso de Agravo de Instrumento, o STJ encerrou futuras discussões sobre o tema, determinando que as demais situações devem ser questionadas em preliminares de apelação.

Em outra oportunidade, o STJ julgou o Recurso Especial nº 1.724.453, que trouxe o questionamento sobre a interpretação do inciso VII do art. 1.015 do Código de Processo Civil, o qual positiva em seu texto a possibilidade de decisão interlocutória que exclui o

litisconsorte ser impugnada mediante o Agravo de Instrumento.

> PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONCEITO DE "DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE VERSA SOBRE EXCLUSÃO DE LITISCONSORTE" PARA FINS DE RECORRIBILIDADE IMEDIATA COM BASE NO ART. 1.015, VII, DO CPC/15. ABRANGÊNCIA. [...] 2- O propósito recursal é definir se o conceito de "decisões interlocutórias que versarem sobre exclusão de litisconsorte", previsto no art. 1.015, VII, do CPC/15, abrange somente a decisão que determina a exclusão do litisconsorte ou se abrange também a decisão que indefere o pedido de exclusão. 3- Considerando que, nos termos do art. 115, I e II, do CPC/15, a sentença de mérito proferida sem a presença de um litisconsorte necessário é, respectivamente, nula ou ineficaz, acarretando a sua invalidação e a necessidade de refazimento de atos processuais com a presença do litisconsorte excluído, admite-se a recorribilidade desde logo, por agravo de instrumento, da decisão interlocutória que excluir o litisconsorte, na forma do art. 1.015, VII, do CPC/15, permitindo-se o reexame imediato da questão pelo Tribunal. 4- A decisão interlocutória que rejeita excluir o litisconsorte, mantendo no processo a parte alegadamente ilegítima, todavia, não é capaz de tornar nula ou ineficaz a sentença de mérito, podendo a questão ser reexaminada, sem grande prejuízo, por ocasião do julgamento do recurso de apelação. 5- Por mais que o conceito de "versar sobre" previsto no art. 1.015, caput, do CPC/15 seja abrangente, não se pode incluir no cabimento do agravo de instrumento uma hipótese ontologicamente distinta daquela expressamente prevista pelo legislador, especialmente quando a distinção está teoricamente justificada pelas diferentes consequências jurídicas causadas pela decisão que exclui o litisconsorte e pela decisão que rejeita excluir o litisconsorte (BRASIL, 2019).

Foi analisada a viabilidade de abrangência do inciso VII do art. 1.015 do CPC, incorporando em sua interpretação as decisões interlocutórias que indeferem o pedido de exclusão de uma parte litigante, possibilitando que essas sejam recorríveis imediatamente através do Agravo de Instrumento.

A tese de abrangência foi negada, em razão da questão discutida não possuir o mesmo seguimento processual que o exposto no dispositivo, demonstrando que é prescindível a recorribilidade imediata dessa decisão interlocutória.

4.4 APLICABILIDADE PRÁTICA

No anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, o legislador possuía o intuito de extinguir o Agravo de Instrumento, consagrando o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Tendo em vista a abrangência da matéria discutida em sede dessas decisões, optou-se por apresentar um rol taxativo com as hipóteses de cabimento do referido recurso.

O desejo de suprimir do ordenamento jurídico brasileiro a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, surgiu em decorrência da busca para se alcançar a celeridade processual, tendo em vista que sua impugnação passaria a ser apresentada somente em preliminares de apelação (DONIZETTI, 2016).

A celeridade processual e a duração razoável do processo, são princípios constitucionais consagrados expressamente pelo art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1998, os quais são considerados como Direitos e Garantias Fundamentais.

O art. 1º do Código de Processo Civil, estabeleceu a explicitamente a observância dos preceitos constitucionais sobre as normas processuais civis, sendo que o art. 4º da mesma codificação determina que o legislador é incumbido de tomar medidas para se garantir a celeridade processual e a duração razoável do processo, para que a morosidade da apreciação jurisdicional não retire a sua eficácia.

O princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias é um método utilizado para se obter a efetividade da tutela jurisdicional através de um processo célere, preocupação que encontra respaldo na História do Direito.

Após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, surgiu na doutrina o debate acerca da taxatividade do rol do art. 1.015 ser um eventual retrocesso processual, uma vez que postergaria a apreciação da matéria apresentada na interlocutória e causaria maior dificuldade para solucionar a demanda, indo em desacordo com o intento de se observar a celeridade processual. (NEVES, 2016)

Acerca da taxatividade do rol elencado pelo art.1.015 do CPC, a Doutrina e a Jurisprudência têm se mostrado em sentido divergente da tese adotada no código, com o fundamento de que as hipóteses apresentadas pelo dispositivo não possuem capacidade de suprir todas as situações de urgência de apreciação (DIDIER; CUNHA, 2019).

A discussão doutrinária e jurisprudencial sobre as hipóteses de incidência do Agravo de Instrumento, também se recaíram sobre a questão da preclusão, arguindo a problemática de uma eventual insegurança jurídica (DIDIER; CUNHA, 2019).

O Código de Processo Civil de 2015, no texto do art. 507, determina expressamente a preclusão de questionamento de decisões interlocutórias que não foram impugnadas no prazo estabelecido em lei.

Quanto ao instituto preclusão, após a mitigação do rol taxativo do art. 1.015 do CPC, a Ministra Relatora Nancy Andrighi, em seu relatório de voto, estabeleceu que a admissão de interposição do Agravo de Instrumento em situações fora das apresentadas no dispositivo, não são eivadas de efeito preclusivo. Dessa forma, criou-se verdadeira possibilidade de interlocutórias serem impugnadas através de Agravo de Instrumento ou por apelação, quando essas não estiverem positivadas no artigo em questão (DIDIER; CUNHA, 2019).

Não haverá preclusão sobre decisões interlocutórias que não encontram sua impugnação imediata estabelecida no texto do Código de Processo Civil, podendo a parte apresentar Agravo de Instrumento com fundamento em análise subjetiva da urgência ou inutilidade de apreciação em momento posterior, ou aguardar para questionar o conteúdo dessas decisões em preliminares de Apelação.

A mitigação do rol taxativo do art. 1.015 do CPC, teve como objetivo suprir as discussões da doutrina e da jurisprudência, pacificando o entendimento sobre o tema pela decisão do STJ, o qual alegou tal interpretação tendo em vista as Normas Fundamentais Processo Civil, como o direito de ação e o Acesso à justiça (DIDIER; CUNHA, 2019).

O Direito de Ação é uma consequência advinda do Acesso à Justiça, sendo ambos são garantias constitucionais expressas. O Acesso à Justiça é a premissa que permite aos indivíduos buscarem uma apreciação jurisdicional de seu litígio, e como consequência, requerer determinadas tutelas, pelo seu Direito de Ação (STOLZE, 2019).

O legislador do Código de Processo Civil, tendo em mente a complexibilidade do conteúdo apresentado em decisões interlocutórias, optou por manter a sua irrecorribilidade imediata em situações que considerou serem de urgência. A doutrina e a jurisprudência observaram que o dispositivo reservado para tratar dessa matéria de forma taxativa, não era suficiente para incorporar todas as situações fáticas de urgência de apreciação imediata.

O STJ mitigou a taxatividade do art.1.015 do Código de Processo Civil, em decisões interlocutórias que apresentem urgência de recorribilidade imediata, com o propósito de conferir melhor efetividade na tutela jurisdicional, evitando a morosidade, a perda do objeto discutido e a eventual injustiça pela inutilidade da impugnação dessas decisões posteriormente, em sede de preliminares de Apelação.

CONCLUSÃO

O trabalho apresentou algumas inquietações doutrinárias e jurisprudências trazidas pelo tema, que são arguidas desde as primeiras legislações brasileiras sobre o tema, herdadas de Portugal – país que foi pioneiro quanto a possibilidade de decisões interlocutórias serem impugnadas.

A Justiça do Trabalho consagra o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, não havendo em sua legislação a possibilidade de se impugnar proferimento desse sentido durante a fase de conhecimento. Tal determinação tem o intuito de acelerar os processos judiciais, para que a conclusão da demanda se apresente mais rápido aos assistidos, por se tratar de verbas alimentícias.

De acordo com as teses doutrinárias apresentadas, apesar da recorribilidade imediata das decisões interlocutórias ocasionar mais trâmites legais durante a prossecução processual, no final, a impugnação posterior em sede de preliminares de apelação, gera maior morosidade na conclusão da lide, arguindo novos questionamento sobre pautas decididas anteriormente.

No âmbito civil, o legislador do Código de Processo Civil de 2015 demonstrou interesse em adotar a tese do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, em analogia à Justiça do Trabalho. Entretanto, tendo em vista o grau de complexibilidade da matéria discutida em sede de interlocutórias, optou-se pela aplicação de forma atenuada, através de um rol taxativo de possibilidades de impugnação imediata pela via do Agravo de Instrumento.

Ao possibilitar a recorribilidade imediata de apenas algumas decisões interlocutórias, elencadas no rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil e consideradas como de urgente apreciação, a doutrina e a jurisprudência apresentaram críticas ao fato de que tal dispositivo não seria capaz de englobar todas as situações processuais de cunho emergencial.

Na tese apresentada pela doutrina, uma das justificativas alegadas para a ineficácia do rol taxativo do art.1.015 do CPC, foi que a impugnação posterior de questões decididas em interlocutórias causaria maior morosidade, tendo em vista que a análise jurisdicional teria que retroceder para rever pronunciamentos anteriores.

Tal justificativa, rebate o fundamento do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, tendo em vista que se baseia na celeridade da apreciação jurisdicional.

Outro argumento utilizado pela doutrina e reafirmado pela jurisprudência, diz respeito a impossibilidade de um rol taxativo elencar todas as situações de urgente apreciação, ferindo os comandas constitucionais do acesso à justiça e o direito de ação.

O acesso à justiça trata da possibilidade que o cidadão tem de buscar o Judiciário para solucionar sua lide, nos moldes do devido processo legal, o que abrange o direito de ação dentro dos trâmites processuais.

Em consonância, a jurisprudência dos Tribunais Estaduais e do Superior Tribunal de Justiça demonstra uma quantidade significativa de pleitos visando o cabimento do recurso de agravo de instrumento em desfavor de decisões interlocutórias que não se encontram nas possibilidades estabelecidas em lei.

Tendo em vista as teses apresentadas pela doutrina, a divergência entre os casos fáticos e as situações estabelecidas pelo art. 1. 015 do CPC, assim como violação de garantias constitucionais a respeito da aplicação da jurisdição, o STJ optou pela mitigação de tal dispositivo, com o intuito de abranger situações de urgência ou que possam levar à inutilidade de apreciação em momento posterior.

No Código de Processo Civil, o legislador apresentou no artigo 1º a adequação da legislação processual com a constituição, assim como alocou tal dispositivo no capítulo reservado às normas fundamentais do processo civil, estabelecendo de forma expressa a constitucionalização do processo civil.

De acordo com a doutrina de Diddier (2019), a taxatividade mitigada do art. 1.015 do CPC exemplifica os esforços das autoridades judiciárias para consagrarem a constitucionalização do processo civil, buscando estabelecer medidas para se tutelar as garantias fundamentais processuais dos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Angélica Arruda. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 23 abr. 2019.

. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. **Disponível em** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 23 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso especial n. 1696396/ MT**. Relator Min. Nancy Andrighi. Brasília, 15 de set. de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201702262874. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso especial n. 1704520**/ MT. Relator Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de out. de 2017. Disponível em:https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201702719246 **.** Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Revista eletrônica do Superior Tribunal de Justiça**. Relatório e voto - Min. Nancy Andrigh relativo ao Resp. n. 1696396/ MT. Brasília, 19 de dez. de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85907664&num_registro=201702262874&data=20181219&tipo=51&formato=PDF . Acesso em 23 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em **Recurso especial n. 1218688** - DF. Relator Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 27 de fev. de 2018. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551675459/agravo-em-recurso-especial-aresp-1218688-df-2017-0316000-7 **.** Acesso em: 23 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso especial n. 1.724.453** - SP. Relator Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de mar. de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=93722175&num_registro=201800356060&data=20190322&tipo=5&formato=PDF**.** Acesso em: 23 maio. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso especial n.1752049 - PR**. Relator Min. Nancy Andrighi. Brasília, 11 de jul. de 2018. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686877993/recurso-especial-resp-1752049-pr-2018-0164549-8/inteiro-teor-686878003**.** Acesso em: 23 maio 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas**. O novo processo civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CORRÊA, J.M. **Recurso de agravo**: história e dogmática por mais de 500 anos. São Paulo: iglu, 2001.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**.**17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. vol.1.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Alexandre Carneiro da **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e o processo nos tribunais. 16 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, vol. 3

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2017.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça (3. Turma Cível). **Acórdão n. 961196**. Relator Gilberto Pereira de Oliveira. Brasília, 17 de ago. de 2016. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj **.** Acesso em: 15 jun. 2020.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça (5. Turma Cível). **Acórdão n. 1061658**. Relator Angelo Passareli. Brasília, 29 de mar. de 2016. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/novo-codigo-de-processo-civil/decisoes-agravaveis-2013-questao-do-rol-taxativo**.** Acesso em: 15 jun. 2020.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça (4. Turma Cível). **Acórdão n. 1007963**. Relator Arnoldo Camanho. Brasília, 23 de dez. de 2016. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/novo-codigo-de-processo-civil/decisoes-agravaveis-2013-questao-do-rol-taxativo**.** Acesso em: 15 jun. 2020.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça (5. Turma Cível). **Acórdão n. 1236675**. Relator Robson Barbosa de. Brasília, 11 de mar. de 2020. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj**.** Acesso em: 15 jun. 2020.

FREIRE NETO, Adelino de Bastos de. **A evolução histórica do Agravo e suas perspectivas atuais**. Piauí: Jus.com.br, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54369/a-evolucao-historica-do-agravo-e-as-perspectivas-atuais<, acesso em 11 out. de 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MONTENEGRO FILHO, Misael**. Curso de direito processual civil:** de acordo com o novo CPC. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado artigo**

por artigo. 5. ed. Salvador: JusPodivm. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** 9. Ed. São Paulo: JuspPodvm. 2017.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Os Recursos no processo do trabalho.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: Atlas, 2010, vol. 1.

PINTO, Martins Sérgio. **Teoria geral do Estado**. 2. Ed. São Paulo. Saraiva, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo Interno cível nº 2166750-94.2019.8.26.0000/50000**. Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Gilson Delgado Miranda. São Paulo, 13 de dez. de 2019. Disponível em: https://bit.ly/2CrntXH. Acesso em: 15 jun. 2020.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil:** processo de conhecimento. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: procedimentos especiais. 50. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016, vol. 2.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 47. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016, vol. 3.

CLAILTON ALBERTO RODRIGUES

A INEFICÁCIA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EM RELAÇÃO A RESSOCIALIZAÇÃO DO MENOR INFRATOR

Monografia de Conclusão de Curso apresentada como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília.
Orientador: Prof. Me. Igor Rodrigues Britto

Brasília/DF
2020/1

RESUMO

A obra em questão tem o objetivo principal de prestar esclarecimentos no que tange a aplicação da medida socioeducativa em face aos jovens em condição de infrator e a sua ineficácia perante a legislação brasileira atual, tendo em vista que tais agentes são considerados como problemas sociais e por muitas vezes são marginalizados pela sociedade, pela família e pela figura Estatal, que deveriam protege-los de acordo com a legislação pátria. Ao longo da história o conceito de criança e adolescente foi modificado drasticamente com o transcurso do tempo englobando diversos conceitos. Fato este que fez com que o ordenamento jurídico pátrio utilizasse do conceito biopsicológico para a definição de quem seria de fato inimputável e por consequência levantou quesitos para que os agentes inimputáveis não fossem punidos e julgados igualmente os adultos. Com advento do Estatuto da Criança e do Adolescente a figura do jovem foi retratada de forma diferente e ganhou um novo conceito por parte da doutrina nacional e do direito brasileiro, tendo em vista que o ditame legal especificava que tais agentes deveriam receber tratamento especial no que tange a aplicação da lei e a forma de "puni-los". Contudo, por mais que houvesse uma grande proteção a figura da criança e do adolescente o Brasil não conseguiu se adaptar e não realizou os dispostos por organismos internacionais na seara de recomendação e por consequência piorou a situação daqueles que necessitavam de um tratamento por parte legal, já que, por não possuírem plena ciência de sua conduta, não poderia ser submetidos ao tratamento isonômico do que os dos adultos.

Palavras-Chave: Menor Infrator; Estatuto da Criança e do Adolescente; Direito Do Jovem, Crianças e Adolescente; Ineficácia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 03

1. HISTÓRICO DO DIREITO DO JOVEM NO BRASIL

1.1 O Código de Menores 08
1.2 Serviços de Assistência Aos Menores 10
1.3 Lei de Introdução ao Código Penal 11
1.4 Decreto Lei nº 6.026/1943 13
1.5 Fundação Nacional do Bem Estar do Menor- FUNABEM 15
1.6 Legislação Relativa a Figura do Menor Infrator 17
1.7 Código de Menores 18

2. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, INIMPUTABILIDADE E PRINCIPAIS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

2.1 Imputabilidade 24
2.2 Documentos Internacionais 25
2.2.1 Declaração dos Direitos da Criança 26
2.2.2 Regras de Beijing 26
2.2.3 Diretrizes da Organização das Nações Unidas 27
2.2.4 Regras Mínimas Para a Proteção de Jovens Privados da Liberdade 29
2.3 Medidas Socioeducativas 30

3. INEFICÁCIA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EM RELAÇÃO A RESSOCIALIZAÇÃO DO MENOR INFRATOR

3.1 A Situação de Brasília na Reeducação do Menor Infrator 33
3.2 Realidade Brasileira Em Relação a Reeducação do Menor Infrator 34
3.3 Eficácia da Ressocialização em Outros Países 35
3.3.1 Diferenças Entre o Sistema Brasileiro e o Sistema Colombiano 36

3.3.2 A Figura da Ressocialização na Colômbia 36
3.4 Ineficácia da Internação Na Seara Nacional e o Aumento da Criminalidade.....38
3.5 Possíveis Soluções Para a Problemática.....41
3.5.1 Estruturação Adequada.....42
3.5.2 Tarefas Para os Internos.....44
3.5.3 Aumento e Capacitação dos Profissionais dos Centros de Atendimento 44
3.6 Opinião de Uma Trabalhadora Aposentada do COSE/ CREAS.....46

CONCLUSÃO.....49
REFERÊNCIAS 51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva de forma específica a análise da forma com que a legislação brasileira retrata a figura do jovem em condição de infrator e ressalva a dificuldade do legislador ao aplicar, de fato, os ditames legais propostos pelo ordenamento jurídico brasileiro. A conceituação da figura do jovem e a distinção entre a figura da criança e do adolescente é trabalhada de forma correlacionada, tendo em vista os regramentos legais que fizeram com que o direito de tal agente fosse protegido, com isso abordará tal conceituação e o papel da sociedade, da família e do Estado no que tange a proteção e ressocialização de tal agente.

A discussão central da obra baseia-se na eficácia ou não da medidas socioeducativas impostas ao menor em condição de infrator e as formas com que tais propostas são realizadas e feitas em território nacional ao longo de sua história. A obriga também busca exemplificar como os jovens de hoje se veem através das ótica da ressocialização, ou seja, busca trazer o real motivo da reiteração criminosa de tais agentes e a explicação do que poderia a vir ser um dos motivos de grande dificuldade na implementação do direito de tais agentes.

O método utilizado em todo o trabalho foi o lógico dedutivo com a utilização da doutrina, principalmente da jurisprudência e da norma que permeia o ordenamento jurídico brasileiro atual. A pesquisa bibliográfica, por sua vez, utilizou como base para seu lastro artigos jurídicos, revistas jurídicas, normas constitucionais e supraconstitucionais.

O primeiro capítulo da obra demonstra a evolução histórica da figura da criança e do adolescente na seara brasileira. Com isso, expõe as principais legislações que permearam o direito da criança e do adolescente antes do Estatuto da Criança e do Adolescente. No primeiro capítulo a discussão baseia-se no lastro doutrinário da evolução do conceito de criança, que passou grandes modificações ao longo das épocas fazendo, assim, com que o jovem fosse considerado um ser de direitos plenos e de deveres perante a sociedade a qual resta englobado.

O segundo capítulo da obra restringe-se a análise do Estatuto da Criança e do Adolescente e sua aplicabilidade, de fato, ao caso em concreto. Para isso conceitua-se a definição básica da imputabilidade ao agente cometedor de um ilícito, que se configura na possibilidade ou não da legislação tipificar a conduta de determinado agente como um delito tipificado no Código Penal brasileiro. Por outro lado demonstrará o lado biológico da responsabilização do jovem e o motivo pelo qual a legislação nacional o considera como inimputável, sendo aquele que não responderá pela figura de um crime determinado, mas sim pela figura de um ato infracional análogo a um determinado crime. Além de tais ditames

expostos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a obra também retrata diretrizes realizadas por órgãos internacionais, ONU, fazendo um alelo com o disposto expresso no Estatuto da Criança e do Adolescente no que tange a aplicação das medidas socioeducativas que podem ser impostas a tais agentes, tendo em vista que o direito brasileiro não permite a impunidade de um agente que lese o direito de outrem.

O terceiro capítulo, e fechamento da obra, pauta-se diretamente na ineficácia da medida socioeducativa no que tange a ressocialização do jovem em condição de infrator. Neste capítulo é retratado de forma restringida como que os ditames da ressocialização se veem dilapidados no que tange a aplicação das medidas socioeducativas, tendo em vista a dificuldade em seu acesso, a ausência de profissionais qualificados em grandes partes do território nacional e a grande mazela social a qual é imposta aos jovens em condição de infratores, tendo em vista que os locais que realizam as medidas socioeducativas possuem características semelhantes a de presídios.

1. HISTÓRICO DO DIREITO DO JOVEM NO BRASIL

O autor Costa (2017, p.03) retrata que a figura do jovem, especificado pela criança e pelo adolescente, em território nacional sofreu grandes modificações com o passar das épocas, tendo em vista que inicialmente o direito de tais agentes não possuíam uma ramificação legal e por muita das vezes eram totalmente desrespeitados. O histórico do direito do jovem no Brasil é tido como recente por parte da doutrina, pois leva-se em consideração que o contexto histórico familiar brasileiro deu origem a tal direito, já que era necessário uma regulamentação das atividades realizadas pelos jovens que encontravam-se na condição de escravos a época.

Durante o ano de 1862, o movimento favorável a abolição da escravatura fez com que a seara governamental, Senado, aprovasse um novo ditame legal que garantia uma proteção ao direito do jovem fazendo com que este não viesse a ser separado de seu pai, caso o pai fosse vendido como escravo. Neste caso, o adquirente do escravo deveria realizar o pagamento ou arcar com os custos de ambos os escravos. (COSTA, 2017, p.04)

Outro marco que fez com que o direito do jovem fosse maior visado por parte da sociedade deu-se com o advento da Lei 2.040 do ano de 1871, chamada de Lei do Ventre Livre, promulgada pela princesa, Isabel, que garantia a todas as famílias que tivessem filhos em seara de escravatura que estes não fossem submetidos ao mesmo regime que os pais, ou seja, caso as escravas viessem a ter filhos, estes filhos não poderiam ser considerados como escravos e por isso eram livres de pleno direito. (COSTA, 2017, p.04)

O artigo nº 1 da referida lei retrata que:

> Art. 1º: Os filhos da mulher escrava que nascerem no Império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.
>
> §1º: Os ditos filhos menores ficarão em poder e sob a autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito anos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá a opção, ou de receber do Estado a indenização de 600$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 anos completos. No primeiro caso o governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. A indenização pecuniária acima fixada será paga em títulos de renda com o juro anual de 6%, os quais se considerarão extintos no fim de trinta anos. A declaração do senhor deverá ser feita dentro de trinta dias, a contar daquele em que o menor chegar à idade de oito anos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbítrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor.
>
> §2o: Qualquer desses menores poderá remir-se do ônus de servir, mediante prévia indenização pecuniária, que por si ou por outrem ofereça ao senhor de sua mãe, procedendo-se à avaliação dos serviços pelo tempo que lhe restar a preencher, se não houver acordo sobre o quantum da mesma indenização (LEI 2.040, art.1, 1871)

Outro ditame de grande importância para o direito dos jovens, de acordo com Marcílio

(1988, p.46), foi a criação da Roda de Expostos que consistia em um formato cilíndrico com uma divisória ao meio, sendo tal dispositivo fixado em um muro ou em uma janela de uma determinada instituição. Em sua parte inferior, colocava uma criança que ficava encarregada de um sinete que era tocado para que as autoridades chegassem ao local em que teria ocorrido um caso de maus tratos com recém nascidos ou que um bebê tivesse sido abandonado.

A Constituição Imperial de 1824, conforme conceitua Liberati (2012, p.41) estipulava uma questão de abandono de direitos por parte dos jovens, tendo em vista que tal dispositivo legal não estipulava qualquer proteção ao direito da criança ou do adolescente. Mas o Código Criminal do ano de 1830 estipulou premissas que visavam punir os menores de 21 (vinte e um) anos, os quais tivessem cometido uma ação ou omissão que se caracterizaria através de um tipo delitivo.

Segundo os conceitos do doutrinador Liberati (2012, p.41) o Código Criminal retratava que os jovens que fossem menores de 14 (catorze) anos de idade estariam isentos de responsabilidade penal, ou seja, seriam considerados como inimputáveis perante o fato criminoso que realizaram. Contudo, tal dispositivo não preceituava uma forma de esquecimento em relação ao crime, neste caso, o jovem que cometera tal conduta deveria ser redirecionado às Casas de Correção até atingirem seus 17 (dezessete) anos de idade. Ressalta-se ainda que se o jovem possuísse idade compreendida entre os 14 (catorze) e 17 (dezessete) anos era considerado cúmplice daquele que de fato teria realizado a conduta criminosa e por consequência responderiam por dois terços da pena imputada ao agente imputável, e aqueles que compreendessem idade entre 17 (dezessete) e 21 (vinte e um) anos de idade possuiriam uma atenuante genérica de menoridade.

Diante de tal premissa o Código Penal Republicano declarou como irresponsável de responderem por seus atos os agentes que fossem menores de 9 (nove) anos de idade, sendo assim, eram considerados como inimputáveis de pleno direito e não poderiam responder a quaisquer condutas que cometessem. Liberati (2012, p.42) ressalta que os jovens que possuíssem entre 9 (nove) e 14 (catorze) anos de idade eram considerados como seres sem discernimento, ou seja, mesmo diante de uma ação ou omissão criminosa que pudesse gerar máculas ao direito de outrem, tais agente não poderiam ser penalidades com a restrição de sua liberdade ou com qualquer outro meio que incidisse em uma restrição plena de seus direitos.

O Código Penal de 1830 evidenciou em seus artigos que:

> Art. 27. Não são criminosos:
>
> § 1º Os menores de 9 anos completos;

> § 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;
>
> Art. 30. Os maiores de 9 anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda a idade de 17 anos.
>
> Art. 42. São circunstancias atenuantes:
>
> § 11. Ser o delinquente menor de 21 anos.
>
> Art. 65. Quando o delinquente for maior de 14 e menor de 17 anos, o juiz lhe a aplicará as penas da cumplicidade. (CÓDIGO PENAL, 1830)

A teoria do discernimento foi amplamente debatida por vários doutrinadores ao longo do histórico que retratava o direito dos jovens. Liberati (2012, p.42) retrata que a teoria em questão visava demonstrar a capacidade que um agente cometedor de um ato ilícito possui em relação a sua real reparação e a forma com que se dará, no caso em tela o autor retrata que o jovem deverá ser analisado conforme seu quesito temporal de idade, ou seja, para que seja considerado como imputável e possa responder fielmente ao texto do Código Penal o agente deverá constar na qualidade de imputável, ou seja, maior de 21 (vinte e um) anos a época.

No dia 1º de Janeiro do ano de 1916 entrou em vigor a Lei nº 3.071, conhecida como Código Civil, em que determinava regras para o exercício do direito nas esferas cíveis ou sociais, sendo assim, possuía ramificações entre os mais diversos agentes, entre eles os absolutamente e os relativamente incapazes, que eram considerados como indivíduos que não possuíam exercer seus direitos de forma plena e por consequência necessitavam de um terceiro para que pudessem realizar a exteriorização de sua vontade. O Código Civil de 1916 também fixou o fim da menoridade com o transcurso dos 21 (vinte e um) anos de idade.

O artigo 24 do Código Penal, em conluio com os ditames do Código Civil retrata que:

> Art. 24. O menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de fato qualificado crime ou contravenção, não será submetido a processo penal de espécie alguma; a autoridade competente tomará somente as informações precisas, registrando-as, sobre o fato punível e seus agentes, o estado psico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e econômica dos pais, ou tutor, ou pessoa em cuja guarda viva.

Liberati (2012, p.43) determina que o Código Penal da República do Brasil sofreu diversas modificações em razão do advento da Lei nº 4.242 e uma dessas modificações, talvez a mais importante e época, foi a eliminação do critério de idade, ou seja, o agente que cometesse um ato delituoso e fosse menor do que 14 (catorze) anos de idade era considerado como inimputável.

1.1 O Código de Menores

De acordo com o autor Costa (2017, p.05) o Decreto Lei nº 17.943 do ano de 12 de outubro de 1927 ficou conhecido como Código de Menores ao estipular leis de proteção e assistência aos agentes que se encontravam na condição de menor de idade. O seu artigo primeiro descrevia que o agente que possuísse menos de 18 (dezoito) anos de idade que fosse apreendido em caso de uma situação análoga a de um crime seria submetido a uma medida de proteção ou de assistência tipificada em tal Código.

Liberati (2012, p.44) retrata que o código estipulava divisões acerca dos menores em duas categorias distintas: os abandonados, que eram considerados como vadios, mendigos e libertinos; e os categorizados como delinquentes, sendo os menores de 18 (dezoito) anos de idade, que estariam amparados e disciplinados pelas normas dispostas em tal Código.

Uma das falhas trazidas pelo Código foi a ausência no que tange ao acesso à cidadania dos menores que estão em condições de pobreza, já que estes não eram reconhecidos como sujeito de direitos pela legislação nacional. O autor Liberati (2012, p.44) retratava que a legislação citada estabelecia um controle acerca da pobreza, ou seja, suas normas adequavam-se à necessidade do agente menor de idade ficar contido em um bojo familiar capaz de seguir os parâmetros da moralidade estabelecida. No caso de a família demonstrar uma incapacidade de realizar a educação ou a vigília de seus filhos poderiam recorrer a figura estatal, mas poderiam perder seu poder pátrio sobre eles.

Tal sistema também extinguiu a antiga “roda dos expostos” e estabeleceu uma maior proteção a figura dos menores que estavam sendo maltratados ou eram abandonados, deixando-os sob tutela do Estado. O Código, também, visou instituir a responsabilidade penal para os menores de 14 (catorze) anos. Contudo, tal responsabilização se dava através de um procedimento especial que vedava qualquer forma de prisão comum. O menor que fosse considerado como delinquente com idade inferior a 14 (catorze) anos não poderia mais se sujeitar a qualquer espécie de procedimento penal.

O autor Veronese (1999,p.23) retrata que:

> Foi somente em 1926 que, através do Decreto Legislativo, nº 5.083 de 1-12-1926, foi instituído o Código de Menores, que seria consolidado em 1927, o qual veio disciplinar a incidência da lei penal com referência aos menores:
>
> Menos de 14 anos – improcessável, com internamento, porém, se tratar de menor pervertido ou doente;
>
> Mais de 14 anos e menor de 18 anos – processo especial;
>
> Mais de 16 anos e menos de 18 anos, evidenciando periculosidade, internação em estabelecimento especial;

Mais de 18 e menos de 21 anos, atenuante de menoridade. (VERONESE, 1999. p.23.

Diante da situação política a época o referido Código não conseguiu, de fato, prosperar. Veronese (1999, p.23) ressalta que os esforços realizados pelos legisladores a época era considerado como uma barreira inquebrável, pois a política a época além de engessada era considerada extremamente burocrática e não fomentava quaisquer recursos específicos para a implantação de novas fontes que poderiam ajudar os jovens em condição de marginalização.

1.2 Serviços de Assistência Aos Menores

O autor Liberati (2012, p.45) retratou que durante o ano de 1941 foi instituído o Decreto-Lei 3.799 denominado Serviço de Assistência a Menores, que possuía como objetivo o amparo aos jovens que estavam abandonados ou em condição de infratores, que centralizava a execução de uma política de atendimento de caráter corretivo, repressivo e assistencial em todo território nacional.

O sistema serviria como uma forma de proteção social a figura dos jovens e, também, como uma forma de estipular uma nova forma de procedimento penitenciário para a figura dos jovens que estariam submetidos a condição de reeducação. Contudo, tal procedimento de acordo com o autor Veronese (1999, p.32) retratava que tal serviço era considerado como punitivo e não conseguia cumprir sua finalidade proposta, graças à ausência de uma estrutura adequada, a sua ausência de autonomia e a sua inflexibilidade no que tange a aplicação das correções.

O autor Liberati (2012, p.45) evidenciou que o Serviço de Assistência a Menores possuiu pouco "tempo de vida" e por estar totalmente distorcido em poucos anos de sua realização foi considerado totalmente ineficaz e rapidamente foi repudiado pela população e pelo próprio sistema governamental. Um caso de grande repercussão a época foi o caso em que uma mãe de um jovem que estava envolvido em um delito de homicídio impetrou um habeas corpus em favor do filho para que ele não fosse submetido a tal medida de internação, tendo em vista o caráter punitivo de tal medida e a inadequação das atividades realizadas pelo sistema foi considerada de grande gravame pela família do acusado.

Nelson Hungria apud Fuck (2012, p.59) retratou que:

> Senhor Presidente, rejeito a preliminar, que não tem, no caso, fundamento. Trata-se de ameaça de internação num estabelecimento de assistência a menores que se transformou, na prática, numa fábrica de criminosos, onde não há ensino secundário senão para a perversão moral. É isto o que se quer evitar a esse menor: o constrangimento de internação num reformatório falido, que, ao invés de reabilitá-lo,

> apenas o aviltará irremediavelmente. (HC 38.193/GB, 25-1-1961.) (FUCK, 2012, p. 59)

Em relação ao mérito de tal caso Nelson Hungria apud Fuck (2012, p.59-60) determina que:

> Senhor Presidente, é notório que esse menino, o paciente, vem sendo vítima de uma tremenda prevenção, como se fosse o último dos réprobos, o pior dos facínoras. [...] Tudo se negou a esse menino. Em torno dele se criou um ambiente de absoluta incompreensão. [...] No entanto, o complexo fato criminoso de que teria participado, segundo o noticiário escandaloso, não foi, sequer, convincentemente esclarecido quanto ao episódio mais grave, não sabendo se houve homicídio ou suicídio, dada a imprestabilidade de um laudo pericial que não faz honra à nossa Polícia Técnica, pois nada mais é que uma sucessão de conjecturas indignas de figurar na mais reles novela policial. [...] Houve protestos contra semelhante crueldade, e C.M. foi, então, remetido para o SAM, para esse depósito de menores delinquentes que procedem das oitenta "favelas" da antiga Capital da República. Sabe-se o que é o SAM: uma escola para o crime, uma fábrica de monstros morais. Superlotado e sob regime da mais hedionda promiscuidade, a sua finalidade prática tem sido a de instruir para o vício, para a reação pelo crime, para todas as infâmias e misérias. Todos os famosos delinquentes precoces trazem a marca que o SAM lhes imprimiu, isto é, a erradicação total do brio, do amor próprio, do mínimo ético indispensável à vida em sociedade. Zé da Ilha, Mauro Guerra, Cabeleira, Moleque33, são produtos específicos do SAM. O que lá se aprende é fazer do crime profissão e meio de vida. Não apenas o SAM, senão também os 17 pseudorreformatórios que ele superintende, falharam redondamente nos seus objetivos. Deveriam ser arrasados, desde o teto até os alicerces, para que se recomeçasse tudo de novo e sob moldes inteiramente diversos. Para os menores que uma vez delinquiram só há uma salvação ou possibilidade de recuperação: não serem recolhidos ao SAM ou dele escaparem pela fuga. [...] (FUCK, 2012, p. 59-61)

Liberati (2012, p.45) retrata que diante do exposto em tal acórdão é possível extrair do caso em concreto que o Serviço de Assistência Aos Menores sofreu grandes modificações ao longo de seu tempo de vigência e que se tornou um caos completo em menos de 30 (trinta) anos, tendo em vista que as instituições que eram subordinadas ao sistema não conseguiam atender os princípios legais de reeducação estipulados a época.

1.3 Lei de Introdução ao Código Penal

O autor Liberati (2012, p.46) define que no ano de 1941 por meio de um Decreto Lei de nº 3.941 foi alterado o artigo nº 7 do Código Penal, fazendo com que a figura do jovem infrator fosse submetido a uma medida preventiva de internação que visava a sua lucidez e ressocialização. Para tanto a internação era realizada em um estabelecimento denominado "escola de reforma".

O artigo 7 do referido código definia que:

> Art 7º No caso do art. 71 do Código de Menores (decreto número 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), o juiz determinará a Internação do menor em seção especial de

> escola de reforma.
>
> § 1º A internação durará, no mínimo, três anos.
>
> § 2º Se o menor completar vinte e um anos, sem que tenha sido revogada a medida de internação, será transferido para colônia agrícola ou para instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, ou seção especial de outro estabelecimento, à disposição do juiz criminal.
>
> § 3º Aplicar-se-á, quanto á revogação da medida, o disposto no Código Penal sobre a revogação de medida de segurança.

Com isso, Liberati (2012, p.46) determina que a modificação do referido código foi de grande importância para o direito, tendo em vista que foi introduzido um novo prazo que limitava a aplicação da pena e definia a localidade específica a qual seriam destinados os jovens em condição de menores infratores para o cumprimento de tais medidas. Além disso, tal modificação possibilitou a continuação da medida aplicada ao jovem-adulto, que possuía 21 (vinte e um) anos de idade, que estivesse internado em estabelecimento de reeducação.

Contudo, tal medida ainda estipulou que se o prazo para o cumprimento de tal medida de reeducação deveria se estender até a maioridade do agente, ou seja, se o agente completasse mais de 21 (vinte e um) anos e o juiz não revogasse a medida o agente deveria ser redirecionado a uma colônia agrícola ou para um instituto laboral, desde que tal instituto se baseie em uma reeducação ou em uma profissionalização do agente ou até mesmo em uma seção especial de um outro estabelecimento em condições humanitária e análogas aos demais, desde que estivesse à disposição do juiz criminal quando este necessitasse de sua presença.

A aplicação de tal medida era considerada como uma verdadeira medida de defesa social, já que o menor infrator era o agente que cometera uma determinada conduta que seria análoga ao instituto legal de um determinado crime e por consequência acabaria gerando um determinado perigo ou receio para o escopo social. Diante de tal premissa, nota-se que a aplicação de tal medida de internação viria além de garantir uma paz social também buscava uma reeducação e ressocialização do menor infrator, tendo em vista que este seria reinserido na sociedade e caso não sofresse qualquer medida que pudesse mudar sua mentalidade retornaria a delinquir assim que obtivesse sua liberdade plena.

O autor Cavalieri Filho (1878, p.148) determina que se não houvesse qualquer medida que fosse capaz de limitar o direito do menor infrator este retornaria a sociedade e reiteraria na prática de delitos, já que o Estado permaneceria inerte no que tange a sua punição. Em relação ao direito penal a época, caso um adulto cometesse um delito qualquer e cumprisse sua pena este receberia a sua liberdade plena, já no caso do menor infrator este sequer cumpriria a pena caso o direito brasileiro não tivesse se movido a tempo e tipificasse tais condutas através de um

instituto penalizador.

O autor Costa (2017, p.06) determina que é necessário realizar uma observação no que tange a alteração realizada pelo legislador a época, tendo em vista a grande preocupação social com a figura do menor infrator. Neste sentido, o legislador veio a se preocupar com a sociedade quando instituiu a medida socioeducativa de internação para proteger a sociedade contra a reiteração de delitos realizada pela figura do menor infrator, mas também se preocupou com a figura da família do jovem, ao instituir a medida socioeducativa visava sua reeducação e sua ressocialização.

1.4 Decreto Lei nº 6.026/1943

O autor Liberati (2012, p.47) determina que o Decreto Lei de número 6.026 do ano de 1943 alterou o Decreto de número 17.943-A do ano de 1927, denominado Código de Menores, tal alteração dispunha acerca das medidas aplicáveis aos agentes que possuíssem idade inferior a 18 (dezoito) anos que tivesse praticado um determinado delito. O referido Decreto estabelecia uma diferenciação acerca dos procedimentos os quais eram submetidos os jovens infratores das mais diversas idades.

Para aqueles que possuíssem idade inferior a 14 (catorze) anos o procedimento tinha um cunho mais judicial, tendo em vista a característica da idade do agente e sua necessidade de um acompanhamento completo em relação aos ditames específicos do procedimento devendo, neste caso, a autoridade policial apresentar o menor infrator e as testemunhas do ato ao juízo competente. (LIBERATI, 2012, p.47)

Os que possuíssem idade superior a 14 (catorze) e inferior a 18 (dezoito) anos eram tratados através de medidas socioeducativas de internação e por conta disso eram submetidos ao controle judicial para a realização de sua devida fiscalização, mas tal condicionamento ainda carecia de grandes proteções legais, tendo em vista que o direito do jovem era pouco respeito e a medida visava o caráter protecionista social. (LIBERATI, 2012, p.47)

Diante disso, o caso principal a ser analisado pela figura do Decreto era o caso do autor ser considerado ou não um perigo social, ou seja, uma vez que era verificado que o agente cometedor de uma conduta ilícita fosse caracterizado como não perigoso o juiz poderia deixa-lo com a figura de seu responsável legal ou poderia realizar uma internação em um estabelecimento condigno com aquilo que cometera, podendo modificar a forma de penalidade caso fosse necessário para o bom andamento do feito.

O Decreto evidencia em alguns de seus artigos tal premissa, expressando que:

> Art. 3º Tratando-se de menor até 14 anos, o Juiz adotará as medidas de assistência e proteção indicadas pelos motivos e circunstâncias do fato e pelas condições do menor.
>
> Art. 5º Quando se tratar de menor até 14 anos, a autoridade policial, logo que tiver conhecimento da ocorrência, fará apresentar o menor e as testemunhas ao Juiz competente.
>
> § 1º O Juiz ouvirá, imediatamente, o menor, o pai ou responsável e as testemunhas, com intervenção do Ministério Público, se estiver presente.
>
> § 2º A seguir, o Juiz decidirá verbalmente e de plano.
>
> § 3º Se o Juiz não puder decidir imediatamente resolverá sobre o destino provisório do menor, proferindo a decisão definitiva no prazo de cinco dias.
>
> § 4º O escrivão registrará, em livro especial, a qualificação do menor, do pai ou responsável e das testemunhas, o fato e a decisão do Juiz. Em casos especiais, o Juiz poderá mandar lavrar auto, contendo o resumo das declarações prestadas.

Liberati (2012, p.48) retrata que o jovem em condição de periculosidade que ostentasse mais de 14 anos e menos de 18 anos seria inspecionado pela autoridade policial através de um procedimento investigatório que visava imputar-lhe a autoria e materialidade do fato. Ao imputar tais condições a autoridade policial competente deveria apresentar o jovem considerado perigoso a figura do juízo competente que aplicaria medidas de internação de acordo com aquilo que o jovem cometera, e em alguns casos poderia o juiz ainda cumular medidas.

Contudo, graças a escassez de estabelecimentos que realizassem a ressocialização do agente o juiz poderia, conforme fosse o caso em concreto, submeter o jovem infrator a um estabelecimento penal que comportasse a figura de adultos. Nota-se, portanto, o grande problema de tal decreto, tendo em vista que a figura do jovem em condição de ressocialização poderia encontrar em estabelecimentos penais a figura de adultos que tinham cometido, de fato, crimes contra os mais diversos tipos de bem jurídicos tutelados pela norma e por consequência poderia sair de tal estabelecimento mais perigoso do que entrara.

1.5 Fundação Nacional do Bem Estar do Menor- FUNABEM

O autor Costa (2017, p.10) determina que a Fundação Nacional do Bem Estar do Menor, FUNABEM, foi criada na vigência do Código de Menores pela lei de número 4.513 do ano de 1964, tal fundação possuía como premissa básica a substituição dos serviços assistenciais para a figura dos menores infratores, denominada de SAM. Tal substituição visava a reinserção de programas sociais como norteadores da ressocialização do jovem, levando em consideração que o Código de Menores não estava obtendo respostas positivas da sociedade em

relação a sua aplicabilidade, já que em relação a sua aplicação em determinados âmbitos, como, por exemplo, a apenação de jovens em estabelecimentos prisionais conjuntos com o de adultos, estava transformando o instituto em uma verdadeira escola do crime.

Veronese (1999, p.32-33) determina que:

> [...] a criação da FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-estar do Menor, pela Lei nº 5.513, de 1º de dezembro de 1964, veio responder ao "clamor público" que passou a exigir, por parte do Governo, alguma solução diante do descrédito que se tornou o SAM, a própria percepção das elites frente ao problema da infância, bem como aos desajustes interburocráticos nas instituições estaduais de atendimento, juizados de menores e policiais, haja vista a ausência de uma política, além das prescrições do Código de Menores, que estabelecesse uma linguagem comum e específica para tal atuação (VERONESE, 1999. p. 32-33).

Liberati (2012, p.49) ressalta que a FUNABEM foi planejada para não realizar um contato de extrema proximidade com a figura do menor em condição de ressocialização, mas sim tinha o objetivo de realizar assistências nos campos financeiros e de educação-social para a figura do jovem, tendo em vista sua característica de hipossuficiência em grande parte dos casos. Neste sentido, as autoridades da Administração Pública Direta estariam encarregadas de realizar o atendimento dos jovens em condição de reeducação.

Contudo, graças a herança realizada pelo SAM no que tange as atribuições do órgão e em relação ao ambiente físico dos estabelecimentos que antes eram administrados pelo referido ente, a FUNABEM acabou encarregada de realizar, também, a atuação como um órgão executor das próprias medidas que planejava.

O artigo número 8 da FUNABEM dispõe que:

> Art. 8º - A FUNABEM tem como objetivo o atendimento das necessidades básicas do menor atingido por processo de marginalização social, devendo para tanto:
>
> I - observar os compromissos constantes de documentos internacionais a que o Brasil tenha aderido ou vier a aderir e que resguardem os direitos do menor e de sua família;
>
> II - assegurar prioridade à integração do menor na comunidade, por meio de:
>
> a) assistência na própria família;
>
> b) incentivo à adoção, nos casos previstos em lei;
>
> c) colocação familiar em lares substitutos;
>
> d) programas tendentes a corrigir as causas da desintegração.
>
> III - incrementar a criação de instituições para menores que possuam características aproximadas das que informam a vida familiar e a adaptação, a esse objetivo, das entidades existentes, de modo que somente se venha a admitir internamento de menor à falta de instituições desse tipo ou por determinação judicial;

> IV - respeitar, no atendimento às necessidades de cada região do País, as suas peculiaridades, incentivando as iniciativas locais, públicas ou privadas, e atuando como fator de dinamização e autopromoção dessas comunidades.

Liberati (2012, p.80) reitera o disposto apresentado pela FUNABEM no que tange a vertente assistencialista do projeto, já que o autor repudia, de fato, o caráter repressivo que o programa adotou durante décadas. A política de atendimento, na visão do autor, passou a realizar focos de carência na sociedade ao observar que o menor infrator advinha de comunidades hipossuficientes a época.

Diante de tal fundamentação básica, a FUNABEM viu-se obrigada a observar que o fenômeno da periculosidade tinha cedido espaço para a questão da hipossuficiência e precisou adotar novas estratégias de atendimento em relação a figura do jovem e o seu devido acesso ao sistema. Para isso, o menor em condição de mazela social ou de extrema marginalização deveria ser identificado e ter sua situação atual estudada por uma equipe diretiva e educadora para que tal estudo fosse encaminhado aos órgãos superiores visando elucidar dúvidas do legislador na bel aplicação do instituto da ressocialização. (LIBERATI, 2012, p.80)

Tal estudo poderia ser realizado por diversas formas, desde que não alterassem o quadro de vida do jovem, ou seja, deveria ser realizado com o mínimo de interferências possível para de fato estabelecer um índice necessário para a realização de um melhor programa de reeducação. (LIBERATI, 2012, p.80)

Liberati (2012, p.80) sobre o tema determina ainda que:

> Após 50 aos de vigência do primeiro Código de Menores, a situação era praticamente a mesma: a conquista de direitos era apenas uma ilusão; o menor era, ainda, tratado como um ser frágil, problemático, carente e desprovido de direitos – e, por isto, estava sujeito a suportar medidas de cunho punitivo e curativo mesmo que não tivesse praticado qualquer ato ilícito o não apresentasse qualquer problema social. (LIBERATI, 2012, p. 89)

Em conluio com tal pensamento o autor Teixeira (1993, p.310) retrata que:

> Como entidade educacional, a Funabem atendia inicialmente aos alunos em regime de internato, semi-internato e externato; com a retirada dos jovens desassistidos das ruas, sem programas definidos, a entidade conduziu rapidamente ao regime carcerário, acarretando graves problemas. Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente em 12 de outubro de 1990 (Lei 8.069⁄90), a Funabem foi transformada em Fundação Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência – FCBIA, propondo gradativa extinção dos internatos e modificando totalmente as propostas de atuação deste órgão dentro da nova doutrina jurídica da proteção integral da criança adotada pelos documentos internacionais. (TEIXEIRA, 1993. p. 310)

Com isso a visão do autor Liberati (2012, p.80) mesmo que posterior a do autor Texeira, ainda concordava com uma opinião determinada de mais de uma década, ou seja, a

política instituída no FUNABEM possuía o escopo de proteção do menor, assegurando a garantia de seus interesses. Mas o ideal da FUNABEM, graças a uma política voltada ao centro do projeto, foi considerado como ineficaz e por consequência foi esquecido graças à absoluta falta de condição em ser colocado, de fato, em prática.

1.6 Legislação Relativa a Figura do Menor Infrator

O autor Liberati (2012, p.90) evidencia que a Lei de número 5.258 de 1977 ficou conhecida como Lei Relativa a Menores Infratores, LRMI, e teve uma "vida útil" um tanto quanto curta, tendo em vista a gama de alterações que sofrera em seu dispositivo legal e a forma genérica com que tratava determinados institutos.

Liberati (2012, p.90) determinou que:

> Se o autor da infração não fosse considerado perigoso, o juiz poderia aplicar-lhe as seguintes medidas: entregá-lo à sua família ou responsável ou interná-lo em estabelecimento de reeducação ou profissional, podendo revogar a medida a qualquer tempo. Contudo, se o juiz constatasse que o menor infrator era perigoso, este seria internado em estabelecimento adequado, até cessar a periculosidade, que seria atestada, por meio de parecer do diretor do estabelecimento ou órgão administrativo e parecer do curador de menores. (LIBERATI, 2012. p. 90-91)

Liberati (2012, p.91) retratou que a figura da intervenção estatal visava uma reeducação e ressocialização da figura do jovem em condição de infrator. A medida a ser adotada poderia chegar até uma privação de sua liberdade com a aplicação de uma medida que viesse a interná-lo por grandes períodos de tempo, chegando até um limite de 4 (quatro) anos, caso este agente possuísse idade igual ou inferior a 14 (catorze) anos e poderia sofrer, ainda, uma pena de internação por um período de 7 (sete) anos caso o jovem se encontrasse com idade superior a 14 (catorze) anos.

1.7 Código de Menores

A reforma do Código de Menores deu-se após uma média de 50 (cinquenta) anos de sua promulgação. De acordo com o autor Liberati (2012, p.92) o Decreto de número 17.943-A do ano de 1927 ficou carente de uma atualização, já que a sociedade estava em constante desenvolvimento e os mecanismos adotados desde a sua concepção eram considerados ultrapassados no que tangiam a bel aplicação do direito do jovem em condição de infrator. Assim, foi promulgado no ano de 1979 a Lei de número 6.697 chamada de Código de Menores.

Veronese (1999, p.35) acerca do tema ressalta que:

> Dentro desde panorama surge o Código de Menores de 1979, Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, no Ano Internacional da Criança. Com tal Código se dá o estabelecimento de um novo termo: "menor em situação irregular", que dizia respeito ao menor de 18 anos de idade que se encontrava abandonado materialmente, vítima de maus-tratos, em perigo moral, desassistido juridicamente, com desvio de conduta e ainda o autor de infração penal. (VERONESE, 1999. p. 35)

Em relação a tal premissa o Código de Menores em seu artigo de número 2 determinou que:

> Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:
> I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
> a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
> b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
> Il - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
> III - em perigo moral, devido a:
> a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
> b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
> IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
> V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
> VI - autor de infração penal.
> Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

Nota-se que o Código possuía a função de realizar uma regulação em relação a problemática que girava em torno dos jovens em condição de infratores. Tal pensamento é discorrido pelo autor Texeira (1993, p.312) que aduz que:

> O Código de Menores de 1979 adotou a Doutrina de Proteção ao Menor em Situação Irregular [...] o Código de Menores não se dirigia à prevenção, só cuidava do conflito instalado. O Juiz de Menores atuava na prevenção de 2º grau, através da política de costumes, proibição de frequência em determinados lugares, casas de jogos etc. (TEIXEIRA, 1993. p. 312)

Liberati (2012, p.92) define que a doutrina a época estava em constante discussão acerca da denominada " doutrina da situação irregular", tendo em vista que tal conceito caracterizou um grande avanço para a evolução do direito do menor reeducando. Tal instituto permitiu fazer com que o legislador demonstrasse através da norma jurídica o interesse na proteção da figura do jovem que fosse reinserido na social, tendo em vista que a medida transcendia a esfera penal e lastreava-se, acima de tudo, no caráter social e educacional.

Cavalieri (1978, p.72) define que o direito da figura do menor em condição de reeducação era definido através de normas jurídicas relativas a situação da irregularidade que cometera e se este agente seria ou não submetido, de fato, a uma medida de tratamento ou de

prevenção.

Cavalieri (1978, p.72) ainda aduz que:

> Aceito o conceito proposto para o direito do menor, em que se destacam três momentos: definição – tratamento – prevenção, examinada a primeira parte, a definição ou diagnóstico da situação irregular, passamos a examinar a parte relativa ao tratamento, ou seja, a terapia, aplicada em forma de medidas judiciais. (CAVALLIERI, 1978. p. 73)

Em relação a tal premissa o Código de Menores dispunha em seus artigos de números 4 (quatro) e 5 (cinco) a forma de tratamento adotado, evidenciando que:

> Art. 4º A aplicação desta Lei levará em conta:
> I - as diretrizes da Política Nacional do Bem-Estar do Menor, definidas pela legislação pertinente;
> II - o contexto socioeconômico e cultural em que se encontrem o menor e seus pais ou responsável;
> III - o estudo de cada caso, realizado por equipe de que participe pessoal técnico, sempre que possível.
> Parágrafo único. Na ausência de serviço especializado, a autoridade judiciária poderá atribuir à pessoal habilitado o estudo a que se refere este artigo.
> Art. 5º Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

O Código ainda ressalta em seu artigo de número 14 (catorze) que existem seis medidas que seriam aplicáveis aos jovens infratores que fossem considerados em situação irregular, neste caso, caberia, portanto, a autoridade judiciária realizar a adequação ao caso em concreto, com isso aduz:

> Art. 14. São medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária:
> I - advertência;
> II - entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade;
> III - colocação em lar substituto;
> IV - imposição do regime de liberdade assistida;
> V - colocação em casa de semiliberdade;
> VI - internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

Veronese (1999, p.36) retrata que as medidas que fossem aplicadas aos jovens infratores que fossem menores do que 18 (dezoito) anos de idade não deveriam apresentar como característica sobressalente uma forma ou tipificação de punições que fizessem analogia com o regime enfrentado pelos adultos em situação de cárcere. Com isso, praticada a infração penal ou uma conduta que fosse desvirtuada dos bons costumes sociais o juiz deveria aplicar a medida não só na forma de pena, mas sim como uma forma proteção, vigilância e prevenção.

O magistrado, neste caso, possui a autoridade judiciária para poder escolher, de forma discricionária, acerca da adoção de determinadas medidas que atendessem melhor os ditames do caso em concreto. Os jovens que possuíssem entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos de

idade eram designadas medidas específicas que visavam a internação sendo, neste caso, impossibilitados de serem reinseridos na sociedade de outra forma, pois o magistrado entendia como estritamente necessário a aplicação da internação como forma de proteção social e para a proteção, também, dos jovens.

Veronese (1999, p.36) ressalta que:

> Quando o Código de Menores, no seu art. 1º, II, fazia referência aos menores entre 18 e 21 anos, designava especialmente os chamados jovens-adultos, autores de delitos praticados antes dos 18 anos, que implicavam em medida de internação. No entanto, estes jovens-adultos, mesmo tendo alcançado a maioridade, não podiam se reinserir na sociedade por continuarem apresentando os mesmos desvios, os mesmos problemas que os levaram à internação, e assim permaneciam sob a jurisdição do Juízo de Menores, sujeitos às medidas previstas no citado Código. (VERONESE, 1999, p. 36)

Em relação ao expresso, o autor Campos (1978, p.34) define que a internação poderia ser mantida caso o agente possuísse uma idade superior a 18 (dezoito) anos, mas que deveria encontrar limite quando este agente viesse a completar a idade de 21 (vinte e um) anos de idade. Portanto, era vedado a aplicação extensiva dos preceitos específicos do Código Penal, já que, durante a menoridade, não poderia ser aplicado ao jovem em condição de reeducação a figura elencada em tal instituto, tendo em vista a inimputabilidade penal.

2. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, INIMPUTABILIDADE E PRINCIPAIS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

O Estatuto da Criança e do Adolescente representou um grande avanço no que tange a aplicação e proteção do direito da criança e do adolescente. Foi instituído no dia 13 de Julho do ano de 1990, denominado Lei 8.069, buscou uma forma de englobar o direito dos jovens e disciplinar em seus inúmeros artigos ditames específicos para a proteção deste agente considerado como inimputável pela legislação penal atual.

Liberati (2012, p.93) retratou que de forma inicial era realizada uma distinção pelo referido estatuto, que descrevia a criança sob a égide da idade, ou seja, para ser considerado criança pelo referido Estatuto da Criança e do Adolescente o agente deveria ostentar idade até 12 (doze) anos incompletos. Em relação ao tema a Constituição Federal de 1988 retratou que o agente considerado criança ou adolescente, desde que não possua mais de 18 (dezoito) anos de idade, é considerado inimputável para efeitos penais e por consequência não poderá ser apenado igualmente a um imputável por uma conduta que seja análoga a um determinado crime.

Em consonância com tal tema o Código Penal, em seu artigo 27, e o Estatuto da Criança e do Adolescente preveem respectivamente:

> Art. 27. - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.
>
> Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

O autor Liberati (2012, p.93) ressalta que a distinção entre a imputabilidade penal e a inimputabilidade são de grande valia para o instituto em tela, tendo em vista que o agente considerado inimputável não poderá ser submetido a um regime de cárcere análogo ao regime adotado pela legislação atual para apenar os imputáveis. Contudo, não poderá o agente inimputável ficar impune de cumprir determinadas obrigações.

Com isso, observa-se que a apenação do agente em ditames diversos da estipulada pelo Código Penal não acarreta em uma impunidade, tendo em vista que a legislação define formas diversas de imputar ao agente considerado menor em condição de infrator diversas sanções que vão desde restrições a seus direitos, obrigações de fazer e até mesmo medidas de internação a depender do delito a qual cometeram.

Sob a ótica do autor Albergaria (1999, p.174) o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama uma sistemática garantivista ou estabelecer uma garantia, de fato, aos direitos da

criança e do adolescente, já que o sistema utiliza todas as formas do direito material e processual naquilo que a lei garanta e adapta outros ditames de acordo com o caso em concreto. O artigo 267 do referido estatuto prevê garantia e determina que crianças e adolescentes são seres dotados de direitos, deveres e responsabilidade com a sociedade a qual vivem e por isso devem realizá-los para uma boa convivência em meio social e familiar.

O referido autor ainda retrata que:

> O Estatuto, ao explicar o art. 227 da Constituição de 1988, incorpora as normas de Beijing e as da Convenção dos Direitos da Criança que integram a Declaração Internacional dos Direitos Humanos. Segundo Annina Lahale, a legislação brasileira é a primeira dos países latino-americanos a incorporar as normas da Convenção e das Regras de Beijing, que devem servir de base às legislações nacionais para proteção das crianças que são vítimas de injustiça social, econômica ou jurídica. (ALBERGARIA, 1999. p. 174)

Com isso, nota-se que o autor Albergaria (1999, p.174) retrata que o estatuto foi instituído como uma legislação que visava a proteção integral da criança, até 12 (doze) anos de idade incompletos, e do adolescente, de 12 (doze) até 18 (dezoito) anos de idade. Sobre os direitos da criança e do adolescente o estatuto retrata previsões acerca de tais direitos em seus artigos 7 até 69 e estabelece que a responsabilização por atuações de tais agentes é considerada tripartite sendo a família, o Estado e a sociedade integralmente responsáveis pelas ações das crianças e dos adolescentes que os compõem.

Diante de tal premissa o autor Veronesse (1999, p.101) retrata:

> O Estatuto da Criança e do Adolescente tem a relevante função ao regulamentar o texto constitucional, e fazer com que este último não se constitua em letra morta. No entanto, a simples existência de leis que proclamem os direitos sociais, por si só não consegue mudar as estruturas, antes há que se conjugar aos direitos uma política social eficaz, que de fato assegure materialmente os direitos já positivados. (VERONESE, 1999. p. 101)

O autor Costa (2017, p. 11) define que a figura do Estatuto da Criança e do Adolescente é de suma importância, tendo em vista que em caso de qualquer ameaça ao direito da criança e do adolescente o estatuto entrará a disposição de tais agentes para que seja realizada uma devida reparação ou para que sejam sanadas as condições de infração. Para isso o ente federativa da localidade em que ocorrer o referido delito deverá ser responsabilizado pela apuração e pela sanção do infrator.

Diante de tal tema o autor D'Agostini (2003, p.65) expressa que:

> Neste sentido, o ECA prevê que, quando houver ameaça ou violação de direitos da população infanto-juvenil, a vítima terá à sua disposição todo um aparato de serviços municipais, devendo o vitimizador, seja ele ou a família, a sociedade ou o Estado,

> prestar contas perante a Justiça da sua ação ou omissão. (D'AGOSTINI, 2003. p. 65)

Liberati (2012, p.94) determina que o Estatuto da Criança e do Adolescente no que tange a conduta realizada pela figura do menor infrator, que cometera um ato ilícito, será apenado através de uma analogia a conduta tipificada como crime no Código Penal, ou seja, o menor cometedor de um ato ilícito cometerá um ato infracional análogo ao crime, conforme disposto no artigo 103 do ECA.

O ECA englobou apenas uma expressão definidora do delito cometido pelo agente em condição de menor infrator. Liberati (2012, p.109-110) define que:

> Essa adequação do fato típico à lei, pela previsão estatutária, implica, todavia, a consagração do princípio da tipicidade, que, segundo Heleno Cláudio Fragoso, confere ao "tipo penal o modelo legal do comportamento proibido: a descrição pelo texto legal de um tato que a lei proíbe ou ordena, ou seja, o tipo constitui a matéria da proibição".
>
> [...] A contravenção penal, por sua vez, não recebeu definição ontológica em nosso sistema penal. Dela tem-se apenas o enunciado no art. 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal – Decreto-lei 3.914, de 9.12.141 –, segundo o qual a contravenção é "a infranção penal a que a lei comina isoladamente, pena de prisão simples ou de multa". (LIBERATI, 2012. p. 109-110)

O autor Liberati (2012, p.109-110) define que o procedimento especial a ser utilizado em sede de medida socioeducativa necessita de um caráter duplo, ou seja, a medida socioeducativa, seja ela considerada restritiva, seja ela considerada de internação deverá possuir o caráter de ressocialização e de reeducação do menor infrator, tendo em vista sua característica de inimputabilidade perante o direito pátrio atual.

2.1 Imputabilidade

A imputabilidade é retrata pelo autor Bitencourt (1999, p.348) através de uma forma de considerar se um determinado sujeito é ou não apto de ser considerado e apenado como autor de determinada conduta ilícita realizada e tipificada no Código Penal. A definição da imputabilidade é de extrema complexidade, tendo em vista que a formação genética, as condições de idade e o pleno desenvolvimento psíquicos devem ser analisados no caso em concreto para definir se o agente é ou não apto para ser responsabilizado pelos seus atos.

O autor evidencia que:

> Podem levar, dizemos, porque a ausência dessa sanidade mental ou dessa maturidade mental constitui um dos aspectos caracterizadores da inimputabilidade. Embora imaturidade menta, isoladamente, esgote o conceito de inimputabilidade, porque, por

> presunção legal, o menor de dezoito anos é mentalmente imaturo e, consequentemente, incapaz de culpabilidade, ou na velha terminologia, irresponsável penalmente. Nessa hipótese, é suficiente que se faça a comprovação da idade do menor, isto é do aspecto puramente biológico (BITENCOURT, 1999. p 348).

A imputabilidade, portanto, de acordo com Bitencourt (1999, p.348) é iniciada quando o indivíduo atinge a idade de 18 (dezoito) anos, sendo considerado como maior de idade para a esfera penal. A legislação brasileira atual define que o instituto da imputabilidade está ligada ao fator biológico, ou seja, atrelado a questão da idade do agente pouco importando se o jovem, menos de 18 (dezoito) anos, é ou não plenamente capaz de entender o caráter ilícito do ato que cometera.

Neste sentido, os menores de 18 (dezoito) anos de idade que forem responsabilizados por condutas análogas a de um crime deverão ser responsabilizados em conformidade com o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que expressamente prevê a aplicação de diversas medidas relacionadas a gravidade da conduta praticada por aquele agente.

2.2 Documentos Internacionais

Graças a grande discussão ocasionada pela figura da criança e do adolescente o Brasil não foi o único país a se preocupar com a sistemática dos direitos de tais indivíduos. Portanto, diversos países adotaram em seus ordenamentos jurídicos institutos capazes de suprir lacunas expressas na lei no que tange a aplicação ou não de determinada conduta para um agente considerado inimputável.

2.2.1 Declaração dos Direitos da Criança

O autor Costa (2017, p.20) ressalta que a Organização das Nações Unidas- ONU- firmou no ano de 1924 em Genebra a Declaração de Direitos da Criança, que foi posteriormente adotada pela Assembleia Geral no ano de 1959, por meio de uma Resolução de número 1.386, da qual o Brasil tornou-se signatário.

Liberati (2012, p.112) determina que tal declaração busca garantir a criança um ambiente de cuidado e de afeto, em que possa desfrutar da segurança, da educação, da proteção por sua família e pelo Estado no que tange a condição de mazela social e a proteção contra a exploração do trabalho infantil. A declaração define o pressuposto que devido à sua imaturidade física e mental o jovem necessita de um tratamento especial pelas legislações ao longo do globo.

2.2.2 Regras de Beijing

Liberati (2012, p.113) ressalta que as regras especificadas pelas Nações Unidas que buscavam a administração do direito dos menores, também conhecidas como Regras Mínimas de Beijing, foram adotadas em 1985 de forma definitiva, por meio de uma resolução de número 40/33. O documento especificava princípios basilares para a proteção plena dos direitos dos jovens encontrados em condição de infratores.

Tais regras baseavam-se no fato do jovem ainda estar em uma fase de desenvolvimento físico e psicológico, por isso precisa de uma condição especial no que tange ao procedimento para sua apenação. Liberati (2012, p.113) informa que o regramento pode ser definido em duas partes principais: a primeira estabelece recomendações que são destinadas aos Estados Membros signatários, para que seja fornecido meios que são necessários para a proteção e reinserção social da figura do jovem infrator da maneira mais eficaz possível; a segunda busca descrever regras de proteção ao direito do jovem em face a aplicação da punição e do julgamento perante a justiça, relacionando os princípios basilares dos institutos protetórios do direito de tal agente com as garantias estipuladas pela ONU em relação ao direito de tais indivíduos.

De forma geral, as Regras Mínimas de Beijing determinam medidas substitutivas àquelas de privação de liberdade, tendo em vista que o jovem possui uma condição especial e por consequência deve ser tratado de forma diferente dos demais agentes infratores. O documento em alguns de suas disposições retrata que:

> Para os fins das presentes regras, os Estados Membros aplicarão as definições seguintes, de forma compatível com seus respectivos sistemas e conceitos jurídicos:
>
> a) jovem é toda a criança ou adolescente que, de acordo com o sistema jurídico respectivo, pode responder por uma infração de forma diferente do adulto;
>
> b) infração é todo comportamento (ação ou omissão) penalizado com a lei, de acordo com o respectivo sistema jurídico;
>
> c) jovem infrator é aquele a quem se tenha imputado o cometimento de uma infração ou que seja considerado culpado do cometimento de uma infração. (REGRAS MÍNIMAS DE BEIJING, Parte 01-02)

Em relação a tal disposição Liberati (2012, p.114) determina que tais regras buscam propor uma forma de medidas de privação de liberdade dentro dos ditames legais sendo aplicadas, somente, em último caso. Enquanto estiver em custódia, o jovem receberá o máximo

de cuidados possível, sendo tratado de forma humanitária e especial, mas no Brasil as regras por não possuírem força normativa, por serem uma resolução, foram utilizadas como base para a estipulação do Estatuto da Criança e do Adolescente que é amplamente difundido no direito nacional pátrio e garante medidas diversificadas no que tange a aplicação do direito da criança e do adolescente que se encontrem em situação de menores infratores.

2.2.3 Diretrizes da Organização das Nações Unidas

O autor Liberati (2012, p.114) retrata que durante o ano de 1990 houve um Congresso de número 08 (oito) da Organização das Nações Unidas, que versava sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, tal congresso estabelecia diretrizes básicas para a realização da prevenção da delinquência infanto-juvenil e para retratar o bem estar social. Tal congresso ficou conhecido popularmente como Diretrizes de Riad, que foram posteriormente adotadas sob a forma de resolução de número 45/112.

Dentro de tal resolução as principais diretrizes foram estabelecidas e evidenciavam que:

> I. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS
>
> 1. A prevenção da delinquência juvenil é parte essencial da prevenção do delito na sociedade. Dedicados a atividades lícitas e socialmente úteis, orientados rumo à sociedade e considerando a vida com critérios humanistas, os jovens podem desenvolver atitudes não criminais.
>
> 2. Para ter êxito, a prevenção da delinquência juvenil requer, por parte de toda a sociedade, esforços que garantam um desenvolvimento harmônico dos adolescentes e que respeitem e promovam a sua personalidade a partir da primeira infância.
>
> 3. Na aplicação das presentes Diretrizes, os programas preventivos devem estar centralizados no bem-estar dos jovens desde sua primeira infância, de acordo com os ordenamentos jurídicos nacionais.
>
> 4. É necessário que se reconheça a importância da aplicação de políticas e medidas progressistas de prevenção da delinquência que evitem criminalizar e penalizar a criança por uma conduta que não cause grandes prejuízos ao seu desenvolvimento e que nem prejudique os demais. Essas políticas e medidas deverão conter o seguinte:
>
> a) criação de meios que permitam satisfazer às diversas necessidades dos jovens e que sirvam de marco de apoio para velar pelo desenvolvimento pessoal de todos os jovens, particularmente daqueles que estejam patentemente em perigo ou em situação de insegurança social e que necessitem um cuidado e uma proteção especiais.
>
> b) critérios e métodos especializadas para a prevenção da delinquência, baseados nas leis, nos processos, nas instituições, nas instalações e uma rede de prestação de serviços, cuja finalidade seja a de reduzir os motivos, a necessidade e as oportunidades de cometer infrações ou as condições que as propiciem.

> c) uma intervenção oficial cuja principal finalidade seja a de velar pelo interesse geral do jovem e que se inspire na justiça e na equidade.
>
> d) proteção do bem-estar, do desenvolvimento, dos direitos e dos interesses dos jovens.
>
> e) reconhecimento do fato de que o comportamento dos jovens que não se ajustam aos valores e normas gerais da sociedade são, com frequência, parte do processo de amadurecimento e que tendem a desaparecer, espontaneamente, na maioria das pessoas, quando chegam à maturidade, e
>
> f)consciência de que, segundo a opinião dominante dos especialistas, classificar um jovem de "extraviado", "delinquente" ou "pré-delinquente" geralmente favorece o desenvolvimento de pautas permanentes de comportamento indesejado.
>
> 5. Devem ser desenvolvidos serviços e programas com base na comunidade para a prevenção da delinquência juvenil. Só em último caso recorrer-se-á a organismos mais formais de controle social. (LIBERATI, 2012. p. 114-116)

De acordo com o autor Liberati (2012, p.116) as diretrizes seriam uma forma de caminho que deveria ser utilizado como “norte” por parte do operador do direito para a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo tal documento não apresentando força vinculante.

2.2.4 Regras Mínimas Para a Proteção de Jovens Privados da Liberdade

Liberati (2012, p.117) determina que foram instituídas na 68º Sessão Plenária da Assembleia das Nações Unidas em 1990, através de uma resolução de número 45/113 o regramento mínimo que visava proteger todos os jovens que estavam em condição de privação de liberdade. Tal regramento surgiu com o intuito de fixar normas garantivista para a proteção de tais agentes, tendo em vista que a maioria era submetida a condições análogas as dos adultos e por consequência o operador do direito encontrava grandes obstáculos para realizar a ressocialização do agente.

A resolução número 45/113 dispunha em seu texto que:

> Devem ser aplicadas, aos efeitos das presentes Regras, as seguintes definições:
>
> a) Entende-se por jovem uma pessoa de idade inferior a 18 anos. A lei deve estabelecer a idade-limite antes da qual a criança não poderá ser privada de sua liberdade;
>
> b) Por privação de liberdade, entende-se toda forma de detenção ou prisão, assim como a internação em outro estabelecimento público ou privado, de onde não se permita a saída livre do jovem, ordenado por qualquer autoridade judicial, administrativa ou outra autoridade pública. (RE, 45/113 1990)

Liberati (2012, p.117) determina que o pessoal encarregado pelos centros de detenção

devem observar e respeitar os ditames impostos pela resolução, para que seja atingida uma plena ressocialização do agente cometedor de ilícitos na qualidade de jovem infrator, já que a lei considera tal agente como inimputável para o direito penal.

O autor ainda retrata que:

> [...] No desempenho de suas funções, o pessoal dos centros de detenção Deverá respeitar e proteger a dignidade e os direitos humanos fundamentais de todos os jovens, especialmente:
>
> a) nenhum membro do pessoal do centro de detenção ou da instituição deverá infligir, instigar ou tolerar nenhum ato de tortura, nem forma alguma de tratamento, castigo ou medida corretiva ou disciplinar severa, cruel, desumana ou degradante, sob nenhum pretexto ou circunstância de qualquer tipo;
>
> b) todo o pessoal deverá impedir e combater, severamente, todo ato de corrupção, comunicando-o, sem demora, às autoridades competentes;
>
> c) todo o pessoal deverá respeitar estas Regras. Quando tiverem motivos para suspeitar que estas Regras foram gravemente violadas, ou possam vir a ser, deverão comunicar as suas autoridades superiores ou órgãos competentes com responsabilidade para supervisionar ou remediar a situação;
>
> d) todo o pessoal deverá velar pela total proteção da saúde física e mental dos jovens, incluída a proteção contra a exploração e maus tratos físicos, sexuais e efetivos e deverá adotar, com urgência, medidas para que recebam atenção médica, sempre que necessário;
>
> e) todo o pessoal deverá respeitar o direito dos jovens à intimidade e deverá respeitar, em particular, todas as questões confidenciais relativas aos jovens ou às suas famílias que cheguem a conhecer no exercício de sua atividade profissional;
>
> f) todo o pessoal deverá reduzir, ao mínimo, as diferenças entre a vida dentro e fora do centro de detenção que tendam a diminuir o devido respeito à dignidade dos jovens como seres humanos. (LIBERATI, 2012. p. 117)

Com isso, o autor Liberati (2012, p.117) evidencia que além da figura do resguardo de direitos legais os direitos dos jovens devem ser progressivamente atualizado e fiscalizado, para que os funcionários capacitados dos Centros de Internação de tais jovens possam cumprir com suas funções com o máximo de respeito aos direitos e as garantias estipuladas no ordenamento jurídico interno e internacional, tendo em vista a grande proteção dada pela legislação para a figura dos menores infratores.

2.3 Medidas Socioeducativas

As medidas socioeducativas para o direito interno são consideradas formas de responsabilizar o agente em condição de menor infrator pela conduta a ele praticada, tendo em

vista que o direito nacional não permite que o agente seja submetido as mesmas penas adotadas para os imputáveis graças a sua inimputabilidade perante a lei pátria que o define através de seu caráter biológico.

As medidas socioeducativas estão dispostas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo elas:

> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
> I - advertência;
> II - obrigação de reparar o dano;
> III - prestação de serviços à comunidade;
> IV - liberdade assistida;
> V - inserção em regime de semi-liberdade;
> VI - internação em estabelecimento educacional;
> VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.
> § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.
> § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.
> § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições. (ECA, art. 112)

Volpi (2006, p.42) em relação ao tema ressalta que as medidas socioeducativas devem ser aplicadas de acordo com a característica da conduta do agente cometedor do ilícito e sua reprovabilidade social, tendo em vista que determinadas medidas são de difícil realização por parte do poder público, pois este não garante que o programa seja acessível a todas as localidades do país.

Liberati (2012, p. 118) determina que as medidas socioeducativas possuem uma natureza de sanção e um conteúdo pedagógico, em que devem ser considerados que tais medidas socioeducativas são aplicadas exclusivamente aos jovens infratores que cometem tais ilícitos pela figura da autoridade judiciária competente.

3. INEFICÁCIA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EM RELAÇÃO A RESSOCIALIZAÇÃO DO MENOR INFRATOR

Graças ao disposto na sociedade brasileira, nota-se uma ineficácia no que tange as políticas ressocializadoras específicas aos menores infratores, tendo em vista que muitos desses agentes em desenvolvimento recebem um tratamento considerado como ineficaz e por vezes até mesmo desumano.

A legislação brasileira, conforme preceitua Lopes (2013, p.30), pode ser considerada moderna em relação ao direito prestado para a figura da criança e do adolescente. Neste sentido, nota-se que a medida de internação possui a ideia de ressocialização, em que realocará o agente delituoso na sociedade em plenas condições sociais, ou seja, devolverá aquele que seja submetido a medida de internação para a sociedade de uma forma plenamente capaz de convivência.

Contudo, a idealização de uma política ressocializatória não passa de um mera concepção do direito brasileiro, tendo em vista que a maioria dos jovens e adolescentes que passam pela mão do Estado, acabam voltando a o estado de delinquentes e por vezes ainda cometem crimes considerados de maior gravame. (LOPES, 2013, p.30).

Em uma entrevista realizada pela Rede Globo de televisão em seu programa " Fantástico" que acontece aos domingos, foi demonstrado como um jovem se vê pós sair do sistema de reeducação destinado a ressocialização da criança e do adolescente perante a sociedade. Tal jovem retrata ao jornalista que não sabia de fato que o sistema a qual estava internado era feito para a reeducação e por vezes os seus iguais, que compartilhavam de mesma realidade, saiam piores do que entravam. O Jovem ainda preceitua que alguns são submetidos a castigos físicos, como, por exemplo, palmatórias realizadas nos pés e nas mãos e exposição ao ridículo, em que a roupa do corpo seria retirada deixando o jovem somente com a roupa debaixo e estes eram colocados em uma espécie de cubículo para passarem algumas horas. (GLOBO, 2012)

De acordo com o Plano Nacional de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto, 2018, retrata que o Brasil possui cerca de 117.202 jovens que cumprem alguma medida socioeducativa de internação, de liberdade assistida ou de prestação de serviços à comunidade. Tal situação, no entanto, não apresenta uma variação tão grande entre cada estado do território nacional, ou seja, todos os estados brasileiros enfrentam problemas relacionados à reeducação do jovem que se encontra em uma situação de necessidade de reeducação por conta do poder estatal. (PNMS, 2018)

3.1 A Situação de Brasília na Reeducação do Menor Infrator

A capital federal da República Federativa do Brasil, hoje, passa por problemas análogos a todos os outros estados da federação. Mesmo possuindo um território diminuto a base distrital a qual está localizada Brasília passa por diversos problemas no que tange a ressocialização e reeducação do jovem infrator. (LOPES, 2013, p.31)

O autor Lopes (2013, p.31) expressa que a capital possuiu casos que foram alarmantes para a mídia, como, por exemplo o caso que ocorreu no Centro de Integração de Planaltina durante o ano de 2012 e outros dois casos ocorridos na Unidade de Internação do Plano Piloto, antigo CAJE, em que três jovens foram encontrados enforcados nos locais aos quais cumpriam as medidas socioeducativas de ressocialização.

Tais casos fizeram com que a sociedade entrasse em um estado de alarme e voltasse suas atenções a essa problemática social. Com isso, o governo traçou estratégias que visavam uma melhoria no que tangia a questão da ressocialização do menor infrator e neste mesmo ano os internos da unidade de internação localizada no Plano Piloto foram convidados a uma rádio e prestaram alguns esclarecimentos daquilo que acreditavam ser uma melhoria das condições do sistema a qual eram submetidos. (LOPES. 2013. p.31)

Durante a programação da rádio os adolescentes submetidos ao regime de ressocialização foram apresentados ao tópico de Direitos Humanos e de Dignidade da Pessoa Humana que fez com que todos debatessem em conjunto com os radialistas e demonstrassem suas visões acerca de sua realidade com base no tema. O programa fez sucesso e repercutiu de forma positiva para a figura estatal, fazendo com que houvesse uma maior gamificação do estado no que tangia ao aprendizado e na estipulação de um maior diálogo com a figura dos menores infratores submetidos a ressocialização. (LOPES, 2013, p.32)

Em 2016 o telejornal, Agência de Brasília, publicou uma notícia referente a diminuição do número de internos jovens em estado de reeducação pelo sistema da capital. Para o supervisor responsável por tal área, a época, tal diminuição deu-se por conta da colaboração realizada pelos poderes públicos, Executivo e Judiciário, que visavam uma maior sensibilização da sociedade e dos próprios reeducandos fazendo, assim, com que eles fossem inseridos em um contexto laboral e educacional, em que não viam mais a necessidade de voltar a delinquência para estabelecerem a sua subsistência ou para satisfazer seus interesses pessoais. (AGÊNCIA BRASÍLIA, 2016, p.02)

3.2 Realidade Brasileira Em Relação a Reeducação do Menor Infrator

Apesar da realidade da capital do Brasil ter se mostrado um tanto quanto mais favorável no quesito de ressocialização do menor infrator através de alguns programas, a realidade brasileira, infelizmente, não acompanhou tal premissa. O levantamento realizado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e das Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, DMF/CNJ, explicitou dados, no ano de 2018, demonstrando que o Brasil possuía uma média de 22.000 (vinte e dois mil) menores infratores em situação de reeducação. (CNJ, 2018, p.01)

Os estados que apresentaram as maiores populações de adolescentes em medidas de reeducação foram, nesta ordem, São Paulo; Rio de Janeiro; Minas Gerais; Pernambuco e Rio Grande do Sul, tendo sua composição basicamente por meninos, cerca de 90% da população em condição de internação. (CNJ, 2018, p.01)

Com isso o tema da eficácia da medida socioeducativa permeou grandes partes do direito brasileiro, sendo noticiado em diversos arquivos de mídia ao longo do território nacional e recebendo atenção especial na capital do país. No ano de 2018 fora demonstrado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e das Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, DMF/CNJ, que a maioria dos menores infratores que já haviam sido "ressocializados" encontravam-se em condições de mazela social e muita das vezes estavam abandonados nas ruas sem nenhum amparo estatal. (CNJ, 2018, p.02)

Em consonância com tal tema o Jornal de Brasília em anos anteriores, 2015, já havia demonstrado em uma pesquisa a dificuldade dos menores que foram submetidos ao regime de reeducação de conseguirem de fato ressocializarem e buscarem os direitos mais básicos inerentes a qualidade de ser humano, tais sejam: o trabalho digno e o acesso a educação pública sem máculas.

Contudo, tais premissas são difíceis de serem realizadas conforme preceitua o jornal, a maioria dos jovens que foram reintegrados a sociedade não conseguem voltar a seara da boa convivência, tendo em vista o grau de marginalização e de mazela a qual são submetidos e por consequência acabam voltando ao mundo do crime e cometendo os mais diversos delitos. (JORNAL DE BRASÍLIA, 2015, p.01).

3.3 Eficácia da Ressocialização em Outros Países

De acordo com Lopes (2013, p.33) a ideia da ressocialização transcende a seara brasileira, sendo correlato em outros países, como, por exemplo, na Colômbia, país de grande importância na América do Sul, e na Espanha, país considerado modelo no que tange a aplicação de medidas de reeducação a seus apenados, que buscam uma medida socioeducativa

para aquelas condutas tidas como mais graves e infamantes cometidas por adolescentes infratores.

Tais institutos, tanto na Espanha como na Colômbia, buscam propiciar um clima em que todos os menores infratores que sejam submetidos a tal condição sintam-se seguros e profissionalizados, ou seja, a utilização da medida socioeducativa em tais países visa de fato uma reinserção do jovem na sociedade para que este não pense mais em voltar ao mundo do crime.

O autor José Sebastião Fagundes Cunha (2012, p.30) retrata que é imprescindível que exista boas condições para o desenvolvimento psicológico dos menores de idade, tendo visado pelos institutos de ressocialização espanhóis e colombianos. Para o autor, o internamento em um regime análogo ao fechado para buscar uma ressocialização do jovem deve ser realizado nas melhores condições humanitárias possível, tendo em vista que tal agente ainda carece de bastante informação para seu pleno desenvolvimento físico e psicológico.

3.3.1 Diferenças Entre o Sistema Brasileiro e o Sistema Colombiano

Na seara colombiana é demonstrado um valor tido como familiar, pois a instituição visa a internação do menor infrator com o máximo de humanidade possível, sendo entregue a ele formas de reeducação de profissionalização real dentro do sistema ressocializador.

Lopes (2013, p.34) afirma que o modelo colombiano chama a atenção mundial, tendo em vista que o país possui uma das maiores instruções pedagógicas na seara ressocializatória e por consequência possui menores índices de rebeliões ou de transgressões cometidas dentro da seara prisional, pois os menores que ali estão cumprindo a medida alternativa são introduzidos a um sistema humanitário e profissionalizador que ao mesmo tempo é rígido e possui um caráter de grande impacto.

3.3.2 A Figura da Ressocialização na Colômbia

Os trabalhos realizados em face ao menor infrator na Colômbia possuem a instrução dada por profissionais da educação e pessoas capacitadas para treiná-los para a vida laboral além de possuir uma instrução religiosa capaz de cuidar da parte psicológica dos reeducandos através de palavras de conforto de líderes religiosos de acordo com a cultura do país. (LOPES, 2013. P.34)

Quando um adolescente adentra ao sistema ressocializador ele vai para uma ala

denominada Centro Especializado de Recepção Para Adolescentes, onde é feito um relatório determinando os motivos pelos quais foi preso e em um prazo de 08 (oito) dias tal relatório é entregue ao judiciário local para que seja realizadas as demais exigências legais, caso necessário. (LOPES, 2013, p.34-35)

Com isso, o adolescente permanece neste local por um prazo de aproximadamente 60 (sessenta) dias, sendo avaliado constantemente por uma equipe de psicólogos profissionais, assistentes sociais, pedagogos, dentistas, nutricionistas, entre outros. Tal equipe é denominada como equipe multidisciplinar ou até mesmo como equipe interdisciplinar. (LOPES, 2013, p.34-35)

As instituições colombianas possuem o regramento estrito das denominadas Regras de Mandela, que visam um melhor cuidado a figura do preso, para que este não venha a ter motivos para delinquir pós sua saída do cárcere. Neste sentido, nota-se que no país colombiano não há uma superlotação do contingente de adolescentes e/ou jovens submetidos às medidas ressocializatórias.

Em âmbito colombiano o estabelecimento que abarca tais agentes é denominado de "casa", tais ambientes não possuem muros dividindo um dos outros, pois a ideia central em tal acepção tem como escopo a busca pela ressocialização do menor submetido a medida de ressocialização e sua consequente capacitação profissional e educacional, para que este não volte a delinquir. Tais locais, por consequência, não lembram em nada uma prisão comum. (LOPES, 2013, p.35)

Contudo, o sistema colombiano visa uma separação por idade dos jovens, tendo em vista que os jovens de idade superior possuem mais influência sobre os agentes de idade inferior e para que não ocorra qualquer situação de "busca pelo poder" tais agentes relacionam-se com seus semelhantes. Outro dispositivo de suma importância é a divisão por sexo, que é feita através do sexo biológico do jovem trazido ao sistema ressocializador, fazendo, assim, com que as mulheres fiquem separadas dos homens e por consequência consigam se relacionar de forma mais célere e menos burocratizada. (LOPES, 2013, p.35)

Todo o trabalho realizado pelo sistema de reeducação é supervisionado por uma autoridade denominada Juiz de Menores, o qual é capacitado legalmente para estabelecer a supervisão do sistema para que seja contido qualquer forma de desabono ao direito do jovem ou para aumentar a proatividade das tarefas realizadas no âmbito da reeducação do menor infrator.

Nota-se, portanto, que a seara colombiana é muito diferente da seara brasileira, pois aquela é considerada como um modelo para os demais países do mundo, fazendo com que o

jovem seja apresentado a uma condição digna de profissionalização e reeducação, enquanto esta ainda carece de grandes melhorias por parte do Estado e da sociedade, tendo em vista que os jovens em seara nacional ainda são considerados mazelas sociais se estes forem inseridos de forma precoce ao mundo do crime e por consequência ficam praticamente impossibilitados de serem ressocializados. (LOPES, 2013, p.36)

3.4 Ineficácia da Internação Na Seara Nacional e o Aumento da Criminalidade

Um site denominado Caserna Papa Mike no ano de 2012 estabeleceu uma pesquisa com uma média de 1200 jovens e estabeleceu um percentual de 50% (cinquenta por cento) que estariam em condições de mazela social e teriam se reinserido ao mundo do crime pós passarem pelas medidas socioeducativas de internação realizadas na seara brasileira.

Os jovens que se apresentavam como reinseridos no mundo do crime estavam marginalizados e em condições de extremo abandono estatal fazendo, assim, com que muitos alegassem que estariam reinseridos a seara delituosa por "falta de opções" ou que estariam delinquindo para "conseguirem o que quisessem" já que o Estado não poderia puni-los como deveria. (LOPES, 2013, p.36)

Um levantamento também foi feito no ano de 2013 pelo Poder Judiciário do estado de Mato Grosso e foi devidamente divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, CNJ, tendo como base para a realização de tal levantamento o Complexo Socioeducativo do Pomeri, que se localiza na região de Cuiabá, retratando que cerca dos 71% (setenta e um por cento) dos jovens que estavam em uma situação de conflito com o império da lei foram reinseridos a vida de crimes. Em tal pesquisa também fora levantado o dado de que a cada 10 (dez) adolescentes que estavam submetidos a ressocialização 6 (seis) deles já haviam passado por aquela casa mais de uma vez, ou seja, eram reincidentes. (COSTA, 2013, p.13)

A função de tais medidas socioeducativas pauta-se na busca pela ressocialização do menor para que este não venha a novamente delinquir e aumentar o índice da violência social por conta de sua conduta. Contudo, o Estado, atualmente, utiliza de tais medidas como uma forma de punição em face a tais agentes por isso não consegue realizar uma devida fiscalização e aplicação devida dos ditames da reeducação, fazendo, assim, com que surja uma "prisão de jovens".

Aquino (2012, p.54) preceitua que as medidas socioeducativas não podem ser realizadas sob uma ótica de castigo ou de penas, tendo em vista que o agente menor de idade precisa ser inserido em processos que o ajudem a crescer de forma física e psicológica, fazendo

com que ele entenda o que é certo ou o que é errado e como é de fato viver em uma sociedade de direito para que seja incluído na sociedade de forma plena.

Nota-se que tais medidas quando executadas de forma idônea acarretam em uma maior capacitação a figura do agente e por consequência o ajudam a entender que sua conduta anterior é considerada como uma transgressão ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o jovem adquire a habilidade de autoavaliação que o aloca na sociedade como um indivíduo semelhante aos outros.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 112 preceitua que o jovem cometedor de um ato que venha a causar dano para outrem deve ser responsabilizado pela reparação. E caso tal dano transcenda a esfera do patrimônio o agente ainda poderá ser apenado através da prestação de serviços a comunidade, ter sua liberdade restringida ou até mesmo ser internado a depender do caso em concreto.

Tais medidas geram diversos questionamentos por parte da doutrina. Os autores Veronese e Lima (2015, p.45) determinam que a problemática do tema envolve diversos mecanismos, sendo eles: o ato infracional e a execução das medidas socioeducativas. Tais mecanismos envolvem concepções tidas como obsoletas, para os autores, e que não podem ser utilizadas de forma integral nos dias de hoje, tendo em vista a evolução social.

Para Veronese e Lima (2015, p.45) as medidas socioeducativas de ressocialização devem utilizar um pilar tríplice que se baseia no trinômio da liberdade, do respeito e da dignidade da pessoa humana. E que em caso de determinado perigoso social realizado pela conduta do jovem infrator o Estado não poderá utilizar de medidas que possuam um caráter de castigo, tendo em vista que o agente, para o direito brasileiro, ainda não possui a plena capacidade psicológica para entender o caráter ilícito do ato cometido e por isso deverá ser acompanhado por psicólogos e receber as medidas próprias para a sua conduta.

Por uma outra visão, existem autores que defendem que a medida socioeducativa de internação receba um caráter mais enérgico de cunho punitivo, tendo em vista que o artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente deixe previsto determinados tipos de medidas que possam vir a restringir a liberdade do menor como forma de punição pela infração realizada em desfavor da sociedade.

Neste entendimento os autores Moraes e Ramos (2016, p.30) retratam que a medida socioeducativa possui o cunho de sanção, pois em caso de uma realização de uma conduta que possa ensejar em dano para a sociedade e com isso possa infringir a paz social, o agente deverá ser responsabilizado de imediato. E por consequência de suas ações nascerá ao Estado o jus puniendi que o retratará através de diversas formas a depender da gravidade da conduta, como,

por exemplo, a prestação de serviços à comunidade, caso seja menos gravosa ou uma internação em caso de condutas mais gravosas.

Nota-se que a doutrina acerca da temática possui uma visão dicotômica acerca da aplicação do instituto das medidas socioeducativas. Por um lado, existe uma posição mais humanitária no que tange a aplicação dos institutos da ressocialização do menor infrator, por outro lado existe o posicionamento acerca do caráter mais enérgico de punição da figura do jovem para que este não volte a delinquir.

O artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente possui como base a premissa da condição do indivíduo que vem a ser submetido a tais medidas. Logo, a internação disposta pelo artigo supracitado visa a privação da liberdade através da brevidade, excepcionalidade e com o devido respeito a peculiaridade do desenvolvimento físico e psicológico do jovem infrator.

Resta evidente que a privação da liberdade do jovem infrator deve ser realizada sob a ótica da excepcionalidade e por isso não poderá ser aplicada em determinados casos, como, por exemplo, aqueles em que a conduta do jovem não constitua dano direto para a sociedade. Portanto, o Estado ao aplicar tais medidas em face ao jovem infrator deve levar em consideração o princípio adotado internacionalmente pelos Direitos Humanos da Dignidade da Pessoa Humana.

Em relação ao tema o doutrinador Saraiva (2011, p.54) evidencia que os programas socioeducativos transcendem a concepção de política assistencial, ou seja, imputam a todos o dever de cuidado com o jovem que está recebendo uma medida socioeducativa, pois o Estado deve garantir que tal medida seja implementada de forma mais digna possível, tendo em vista as qualidades físicas e psicológicas do jovem e a sociedade, por outro lado, deverá auxilia-lo a retornar ao escopo social, tendo em vista que muitos adolescentes na condição de menores infratores acabam sendo marginalizados e levados a extrema mazela social e por conta disso sentimentos, como, por exemplo, a raiva e o ódio passem a permear a vida do jovem e façam com que ele volte a delinquir.

Polidorio (2017, p.12) determina que no Brasil as medidas socioeducativas foram concebidas com o caráter de recuperação dos adolescentes que entraram por algum motivo no mundo do crime. Contudo, o sistema nacional não possui um mecanismo de fato eficaz para a realização do sistema de reeducação, tendo em vista o grande sucateamento do sistema penitenciário atual e por consequência o sucateamento do sistema que apena os jovens submetidos a restrição de liberdade com as medidas de internação.

Araújo Gomes Neto (2017, p.30) determina que para as medidas adotadas pela figura

estatal sejam consideradas como eficientes é necessário que ocorra uma maior fiscalização na aplicação da lei em sentido estrito. Tal premissa busca a condição de exigência do cumprimento das normas pelos operadores do direito e também é necessário que tal disposição atenda a eficácia social para a qual foram elaboradas, ou seja, a norma jurídica que for devidamente aceita pelos membros da sociedade deverá ser cumprida.

3.5 Possíveis Soluções Para a Problemática

Para que seja solucionado o problema da ineficácia das medidas socioeducativas realizadas pelo Estado é necessário que ocorra um mútuo cooperativismo entre a figura estatal e a sociedade. Lopes (2013, p.40) evidencia que o problema transcende a aplicação legal e acaba se tornando um mártir em ser aplicado pela figura do operador do direito.

O artigo 124 do Estatuto da Criança e do Adolescente retrata quais são os direitos do jovem que está submetido a uma restrição de liberdade, todavia, percebe-se que em grande parte dos casos os devidos agentes não recebem tal direito, ou seja, acabam sendo privados de direitos que lhe são inerentes graças a sua condição de inimputável e por isso acabam se sentindo frustrados e por diversas vezes acabam por voltar a vida de delinquência. (LOPES, 2013, p.41)

Os direitos retratados no artigo 124 do Eca são:

> Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:
> V - ser tratado com respeito e dignidade;
> IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal;
> X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade;
> XI - receber escolarização e profissionalização;
> XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer:
> (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, Artigo 124)

Nota-se que os direitos garantidos pelo ditame legal são considerados como formas utópicas, tendo em vista que o jovem que encontra-se na qualidade de reeducando não consegue usufruir de basicamente nenhum desses direitos. Lopes (2013, p.41) preceitua que a acessibilidade a tais direitos é algo de grande importância não só para o jovem, mas também para o Estado e para a sociedade, tendo em vista que os jovens que se encontram em uma situação de delinquência precisam se reeducar, através da educação e da profissionalização.

3.5.1 Estruturação Adequada

(Imagem 01: Unidade de Internação de Santa Maria-DF. Fonte: Flickr)

A estrutura adequada para o cumprimento das medidas socioeducativas é um dos pilares para que seja atingido a plena aplicação dos princípios da reeducação do jovem que esteja submetido a ela. Lopes (2013, p.41) determina que a estruturação deve ser realizada de uma forma que evite o sentimento de cárcere ou que não atinja o psicológico do jovem de tal forma que o faça entender que esteja de fato submetido a uma prisão.

Por isso, o jovem na condição de infrator não poderá ser colocado em ambientes que o remetam ao sistema penitenciário, pois tal estabelecimento gera uma repulsa psicológica, fazendo com que o menor infrator incorpore os mesmos valores do sistema prisional dos adultos. Tal acepção contraria diretamente o princípio da proteção tida como especial realizada em face ao menor infrator, contidos na Declaração de Direitos do Adolescente e no Estatuto da Criança e do Adolescente (LOPES, 2013, 42).

Tal premissa baseia-se na forma com que o Estado trata a figura do menor de 18 (dezoito) anos, sendo considerado como inimputável. Logo, o mesmo Estado que retrata tal diferenciação não poderá submetê-lo ao mesmo regime adotado para os maiores de 18 (dezoito) anos e por isso não poderá utilizar das medidas socioeducativas de internação como uma forma de "prisão para menores". Lopes (2013, p.42) ressalta que em razão de tal displicência estatal os jovens que são submetidos a privação de liberdade em estabelecimentos análogos aos presídios torna-se ineficaz.

A construção do estabelecimento de reeducação deve buscar o caráter humanitário e determinado pelas Regras de Mandela, disposto internacional que versa sobre a situação de privação de liberdade que recebeu este nome em razão da prisão do ex-presidente da África do Sul que sofrera privação de liberdade em razão dos regimes preconceituosos a época, fazendo, assim, com que os jovens que forem submetidos a tal regime possam usufruir de diversas atividades para terem sua mente "ocupada" e por consequência entenderem que o mundo do crime, de fato, não compensa.

O estabelecimento também deve partir da premissa expansionista, ou seja, não poderá se contentar com o tamanho inicialmente construído, tendo em vista que o número de jovens pode aumentar drasticamente. Lopes (2013, p.43) exemplifica tal premissa através do estabelecimento conhecido como CAJE que se trata de um Centro de Atendimento Juvenil Especializado, que busca a reeducação do jovem infrator, tal estabelecimento inicialmente contava com a capacidade para 166 (cento e sessenta e seis) internos e, atualmente, conta com uma média variável de 400 (quatrocentos) internos.

A superlotação é um problema recorrente em todas as searas brasileiras que visam a restrição da liberdade, tendo em vista o alto índice de violência da sociedade brasileira que torna o ambiente completamente instável, graças a uma falta de investimentos estatal e da ausência de profissionais em diversos setores. (LOPES, 2013, p.43)

3.5.2 Tarefas Para os Internos

Lopes (2013, p.43) determina que os agentes que estejam submetidos ao caráter ressocializatório devem ser apresentados a atividades que possam ser realizadas de acordo com sua capacidade. Tal conceito visa, diretamente, dar ao menor infrator uma forma de profissionalização e educação social e pro labore, ou seja, através de seu esforço e de sua vontade de aprender o interno receberá uma profissionalização que será deveras útil para a sua vida pós encerramento da situação de cárcere.

Lopes (2013, p.43) estabelece que o tal ideia é utilizada e aplicada em caso concreto, exemplificando tal instituto através do sucesso de uma ex- reeducanda que ao passar mais de um ano internada por situação análoga ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes veio a se ressocializar e se transformou em apresentadora de TV.

Nota-se, portanto, que a ideia de profissionalização pode impactar diretamente no que tange ao entendimento de mundo do menor em situação de ressocialização, tendo em vista que

este precisa de uma instrução direta, com exemplos reais, para que seja de fato aplicado ao seu cunho diário e para que busque um crescimento social e profissional.

É mister em dizer que o Estado não pode restar como inerte no que tange a bel aplicação das medidas socioeducativas, pois o valor para o mantimento de um interno em seara Distrital é de cerca de R$: 2.500,00 (dois mil e quinhentos) reais por mês, enquanto um estudante que estivesse regularmente matriculado em uma instituição de ensino público gastaria praticamente a metade do valor. (LOPES, 2013, p.44)

3.5.3 Aumento e Capacitação dos Profissionais dos Centros de Atendimento

Uma premissa básica é levantada pela sociedade brasileira no que tange ao atendimento de órgãos públicos, tal seja: a ausência de uma grande gama de funcionários capazes de agilizar ou pelo menos tornar mais célere o trabalho em uma devida repartição. Lopes (2013, p.44) determina que a área da reeducação de jovens submetidos a medidas de ressocialização não é diferente, tendo em vista que são poucos os funcionários que exercem o trabalho em tais áreas, já que levam em consideração os riscos pessoais e a periculosidade do local.

(Imagem 02: Agente Socioeducativo Ferido em Serviço e Armas dos Menores. Fonte: Polícia Civil do Distrito Federal)

O caso ocorreu no Distrito Federal no ano de 2016, em que dois funcionários foram rendidos pelos jovens que estavam em condição de reeducandos. Os jovens utilizaram armas improvisadas que consistiam em ferros com um pano amarrado em sua base e uma estaca de madeira. (Globo, 2016)

Os jovens estavam realizando uma atividade no pátio externo e surpreenderam o agente socioeducativo que estava supervisionando o local com as armas improvisadas. Neste meio tempo dois funcionários, contando com o agente supervisor, foram feitos de reféns e os menores não conseguiram fugir por conta que uma funcionária trancou a porta do pátio. (Globo, 2016)

Quando o reforço chegou, um menor agrediu o agente supervisor em suas costas e correu em direção aos policiais que o alvejaram com balas de borracha. Dois menores foram feridos e encaminhados ao hospital, enquanto o resto do grupo que participou do delito foram submetidos a Delegacia da Criança e do Adolescente. (Globo, 2016)

Com isso, nota-se que os agentes que trabalham diretamente com a figura dos menores infratores estão em constante pressão por conta da periculosidade de sua profissão que além de não os valorizar, também não entrega a eles meios necessários para realizem sua defesa ou a defesa de outrem. Se for comparar a quantidade de reeducandos em relação a quantidade de agentes socioeducativos, dentro do Distrito Federal, a proporcionalidade fica inteiramente quebrada, restando uma média de 16 (dezesseis) reeducandos por agente. (LOPES, 2013, p.45)

Para que tal seara fosse valorizada, de fato, seria necessário um grande montante governamental de recursos, coisa que talvez nunca ocorra, tendo em vista que o governo muita das vezes alega o princípio da reserva do possível para a realização de obras ou de capacitação de seus servidores no que tange a movimentação do orçamento público. (LOPES, 2013, p.45)

3.6 Opinião de Uma Trabalhadora Aposentada do COSE/ CREAS.

Visando uma maior abrangência de tal obra, foi realizada uma entrevista, no dia 21/06/2020 via skype, com uma funcionária aposentada dos serviços sociais que estava à frente da ajuda a famílias que possuíam em seu bojo jovens infratores que estavam na ameaça de receberem medidas socioeducativas de internação.

Acadêmico: Como você decidiu trabalhar com essa área?

Entrevistada: Bom, para trabalhar neste emprego foi através de uma espécie de concurso a época. Trabalhar com crianças sempre foi algo que gostei bastante, já que meu pai nos ensinou desde cedo a cuidarmos da família para que pudéssemos enfrentar as dificuldades. Por isso decidi trabalhar com crianças, tentei passar para eles esse conhecimento de mundo.

Acadêmico: Você acredita que o sistema é eficaz?

Entrevistada: Eu trabalhei a vida praticamente inteira com a figura dos menores infratores ou jovens reeducandos, como vocês chamam. Mas acredito que o sistema é um tanto quanto sucateado, cansei de ver em meu dia a dia pessoas que vinham a nós buscando atendimento por causa de seu filho estar em uma condição de restrição de liberdade e lá estava ficando muito pior ou questões em que íamos ajudar jovens e estes se negavam totalmente, pois acreditavam que a vida no mundo do crime era muito mais prazerosa.

Acadêmico: Você já foi em muitos locais que realizam a reeducação?

Entrevistada: Na minha época eu trabalhava mais na "parte da frente" mesmo e por isso íamos sempre aos locais de internação de jovens em condição de reeducação, um caso que recordo bem ocorreu em Santa Maria que um jovem estava submetido a reeducação e ele mudou totalmente, era um jovem bom e sem malícia e quando fomos realizar uma visita a pedido da família fomos surpreendidos com um jovem de atitude totalmente diferente do que era antes.

Acadêmico: A senhora já passou por alguma situação que fosse perigosa?

Entrevistada: Inúmeras vezes meu filho, já fui ameaçada por jovens das mais diversas idades, desde crianças com menos de 12 (doze) anos até mesmo "marmanjos" de 17 (dezessete) anos. Uma vez lembro que em uma espécie de passeio organizado pelo governo fomos em ônibus fretados para uma chácara e lá um jovem me ameaçou por tê-lo repreendido em razão de uma conduta que ele estava realizando.

Acadêmico: A senhora já passou por algum tratamento psicológico por conta das ameaças?

Entrevistada: Nunca passei! Sou devota de Nossa Senhora e do Senhor Jesus, então nunca tive o que temer de fato em meu trabalho.

Acadêmico: Como a senhora acha que o Poder Público pode melhorar essa questão?

Entrevistada: O governo, não é? Bom o governo deveria utilizar de políticas públicas através de programas que retirasse do jovem essa vontade de delinquir. Claro que o que vivenciamos é de fato algo de extrema preocupação para a sociedade, mas se o governo não se articular como deveria e realizar uma fiscalização mais brusca em cima de tal área perderemos o controle do jovens e teremos como consequência um aumento gradativo da violência na sociedade.

Acadêmico: A senhora alguma vez já pensou em mudar de trabalho ou realizar outra atividade onde trabalhava?

Entrevistada: Eu já fui professora de português em uma escola antigamente. Mas não consegui me sentir satisfeita dando aulas para os jovens, já que sentia que poderia fazer mais pela sociedade ou pelo país. Por isso decidi realizar o "concurso" para trabalhar com esses jovens que acabam vivendo " as margens" da sociedade. Queria fazê-los entender que a vida é muito mais do que a buscar a todo custo do sucesso do por prazeres momentâneos, tendo em vista que a maioria desses jovens vinham de comunidades carentes que se dividem de forma disforme por todo o contexto do Distrito Federal.

Acadêmico: A senhora gostaria de acrescentar algo?

Entrevistada: Por hora não meu filho, só espero que o governo se resolva para que esta área se torne algo de prestígio social, já que o trabalho realizado por tais agentes é realmente digno e precisa de muita coragem para buscar o melhor para crianças que muitas das vezes não conhecemos e acabamos arriscando a vida para mantê-los íntegros e dentro da lei.

CONCLUSÃO

Diante dos que fora exposto na obra é mister em narrar que a legislação brasileira, nos dias atuais, ainda carece de uma maior fiscalização, orçamento, e bom tratamento no que tange aos direitos da criança e do adolescente. Tendo em vista que os organismos internacionais e o próprio Estado nacional considera tais sujeitos através de uma condição especial por considerar seu estado biopsicológico, ou seja, dentro da seara nacional o legislador adota recomendações internacionais para considerar como inimputável aquele que seja menor do que 18 (dezoito) anos ou que possua alguma limitação em sua condição cognitiva que o faça totalmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato praticado.

Com isso, a doutrina diverge em grandes aspectos em relação as medidas socioeducativas, pois tais medidas devem ser adotadas através de um caráter humanitário e sobretudo pedagógico para que seja dado a figura do jovem em condição de infrator uma determinada chance para realizar a sua ressocialização e reeducação, pois ao ser inserido na sociedade pressupõe que este está ressocializado e para o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que este esteja totalmente reeducado.

Contudo, tais premissas não são consideradas como válidas nos dias atuais, já que o Brasil é um tanto quanto omisso no que tange a bel aplicação do direito da criança e do adolescente e que o legislador não realiza a devida fiscalização em relação a tal aplicação de direitos e por consequência uma situação de mazela social resta configura e por consequência o sentimento de impunidade na sociedade passe a crescer e esta marginaliza, diretamente, a

figura do jovem em condição de infrator.

Ressalta-se que o Estado tipifica que a responsabilidade pelo cuidado com a figura do jovem é considerada como tripartite, ou seja, além da figura da sociedade, a família e o Estado são igualmente responsáveis por tais agentes, tendo em vista que uma conduta atentatória a direitos realizada por tais integrantes do escopo social acaba por macular o direito de todos seja direta ou indiretamente, e em razão disso, não poderá o Estado tornar-se omisso em relação a aplicação de tais medidas, mas também não poderá o Estado aplicar tais medidas sem a devida fiscalização, sendo assim, gera uma instabilidade de direitos no ordenamento jurídico nacional.

Resta evidente que o direito brasileiro ainda carece de grandes modificações para a aplicação do direito da criança e do adolescente e que os ditames atuais não conseguem, de fato, ressocializar o menor infrator, tendo em vista a ausência de locais destinados exclusivamente para a reeducação em condições humanitárias, a não capacitação dos profissionais que trabalham nos poucos lugares existentes destinados a ressocialização do jovem e a dificuldade no acesso em tais estabelecimentos, tendo em vista que à proporção que o ato infracional análogo ao crime cresce o país não consegue construir locais apropriados para a ressocialização do jovem em condição de infrator e, por isso, este fica impune ou é apenado isonomicamente aos adultos e não consegue, de fato, retornar a sociedade sem reiterar em fatos criminosos.

REFERÊNCIAS:

ALBERGARIA, Jason. **Direito penitenciário e direito do menor.** Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

AMARANTE, Napoleão Xavier do. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Comentários Jurídicos e Sociais. 11ª ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal.** 5 ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil. Planalto.** Disponível em >> http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm<< Acesso: 20/05/2020

BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brazil.** Senado. Disponível em >> http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049 << Acesso: 20/05/2020

CAMPOS, Nuno de. **Menores infratores.** Florianópolis: UFSC, 1978.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Manual Funcional.** 1ª ed.; São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.

CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do Menor.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

CAVALLIERI, Alyrio. **Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente, 1. Ed**., Rio de

Janeiro, Editora Forense, 1997;

COSTA, Antônio Carlos Gomes. **De menor á cidadão**: notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no brasil. Brasília: CBIA, 1991.

COSTA, Izabelle Giovana da. **Ineficácia das Medidas Socioeducativas.** Disponível em >> encurtador.com.br/ajJQR<< Acesso 05.06.2019 10:20h

D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova**. Adolescente em conflito com a lei...** & a realidade! Curitiba: Juruá, 2003.

FERRANDIN, Mauro. **Ato penal juvenil** – aplicabilidade dos princípios e garantias do ato penal. Curitiba: Juruá, 2009.

FUCK, Luciano Felício. **Memória jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria.** Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud. Acesso em 02/05/19 15:30h

G1. GLOBOO. **Cajes Atendem no Limite da Capacidade.** Disponível em >> http://g1.globo.com/videos/distrito-federal/dftv-1edicao/t/edicoes/v/cajes-atendemno-limite-de-capacidade/2021424 << Acesso: 05/06/2020

ISHIDA, Válter Kenji**. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência.** 9 ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional – Medida socioeducativa é pena?** 2 ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LIMA, Miguel Moacyr Alves; CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais.** 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2008.

LOPES, Rafael Gomes Hugo. **A Ineficácia da Aplicabilidade da Medida Socioeducativa de Internação.** Brasília: 2013. UNB.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **História Social da Criança Abandonada.** São Paulo: Hucitc, 1998.

RAMIDOFF, Mário Luiz.**SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Comentários à Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** São Paulo: Saraiva, 2012.

RIZZINI, Irene**. Acriança e a Lei no Brasil.** UNICF⁄CESPI⁄USU, Brasilia⁄DF, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo**. Direitos de família e do menor: inovação e tendências da doutrina e jurisprudência. 3 ª ed. Belo Horizonte**: Del Rey, 1993.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: LTr,

1999.

VIANNA, Guaraci. **Direito Infanto-Juvenil: Teoria, Prática e Aspectos Multidisciplinares.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.

VOLPI, Mario. **O Adolescente e o Ato Infracional.** 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

RANY FERREIRA DA CONCEIÇÃO

A PROMOÇÃO DE DIREITOS DA PESSOA EM SITUAÇÃO DE RUA: EXPERIÊNCIA NO DISTRITO FEDERAL

Monografia de Conclusão de Curso apresentada como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília.
Linha de Pesquisa: Direitos Humanos

Orientadora: Mestra Áurea Bezerra de Medeiros

Brasília
2020/1

RESUMO
O mundo sempre vivenciou desigualdades sociais que demonstram graves violações de direitos que geram exclusões sociais. Dentre vários reflexos que mostram um intenso processo de exclusão social tem-se a população em situação de rua que são pessoas, vítimas de um sistema capitalista que valorizam apenas aqueles que dispõem de renda suficiente para conseguir conquistar um espaço de habitação, logo aqueles que não se enquadram nesse sistema utiliza as ruas da cidade como moradia. Trata-se, portanto, de uma população heterogênea, composta por pessoas com realidades distintas, mas que possuem em comum a condição de pobreza absoluta, vínculos fragilizados ou rompidos e falta de habitação regular, são pessoas obrigadas a utilizar a rua como espaço de moradia e sustento em caráter temporário ou não.
O fenômeno população de rua não é algo atual. Embora parte das pesquisas sobre essa população tenha sido realizada ainda no século XX, existem registros de sua existência desde o século XIV. Dessa forma, observa-se que viver nas ruas não é um problema atual, essas pessoas não tiveram atenção estatal e social desde séculos passados o que nos leva a pensar que abordar sobre essa situação tem sido impulsionada pelo aumento de vidas nessa situação, uma vez que cada vez mais as pessoas utilizam as ruas como moradia.
Palavras chave: Violações de direito - Situação de ruas - Pobreza.

ABSTRACT
The world has always experienced social inequalities that demonstrate serious violations of rights that generate social exclusions. Among several reflexes that show an intense process of social exclusion, there is the homeless population, who are victims of a capitalist system that value only those who have enough income to be able to conquer a housing space, therefore those who do not fit into this system uses the city streets as housing. It is, therefore, a heterogeneous population, composed of people with different realities, but who have in common the condition of absolute poverty, weakened or broken bonds and lack of regular housing, are people forced to use the street as a living space. and support on a temporary basis or not.
The street population phenomenon is not something current. Although part of the research on this population was carried out in the 20th century, there are records of its existence since the 14th century. Thus, it is observed that living on the streets is not a current problem, these people have not had state and social attention since past centuries, which leads us to think that addressing this situation has been driven by the increase in lives in this situation, since that more and more people use the streets as housing.
Keywords: Violations of law - Street situation – Poverty.

ÍNDICE DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1: Motivos para morar na rua 258
Gráfico 2: Gênero 258
Gráfico 3: Raça 259
Gráfico 4: Trabalho e Renda 260
Gráfico 5: Vínculo Familiar 261
Gráfico 6: Formação Escolar 261
Gráfico 7: Discriminações Sofridas 262
Gráfico 8: Local para Banho 264
Gráfico 9: Acesso à Alimentação 264
Gráfico 10: Locais para necessidades fisiológicas e para dormir 265
Gráfico 11: Período Menstrual 266
Gráfico 12: Violência sofrida pela mulher que vive nas ruas 268

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO218
1 TRAJETÓRIA HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS220
1.1 A Revolução Francesa e as Origens dos Direitos Humanos 221
1.2 A Conquista dos Direitos Políticos 228
1.3 A Conquista dos Direitos Sociais 230
1.4 A Internacionalização dos Direitos Humanos 230
1.4.1 Conceito de Direitos Humanos....230
1.4.2 As Gerações dos Direitos Humanos....232
1.4.3 Processo de Internacionalização dos Direitos Humanos....233
1.5 A inserção dos Direitos Humanos no Brasil 236
2POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA: A ABORDAGEM BRASILEIRA E A EXPERIÊNCIA DO DISTRITO FEDERAL240
2.1 Contextualização e Caracterização 241
2.1.1 Contexto da situação de rua na história e os avanços das políticas para o seu atendimento no Brasil....241
2.1.2 A extrema pobreza e a pessoa de rua no DF: Uma atenção necessária....245
2.1.3 Os invisíveis dos invisíveis: As dificuldades diárias enfrentadas pelas mulheres em situação de rua em um contexto geral....247
2.2 A Rede dos serviços assistenciais no DF 249
2.2.1 A Assistência Social....249
2.2.2 Segurança Alimentar....251
2.2.3 Transferência de renda....252
2.2.4 Saúde....253
2.2.5 Educação....253
2.2.6 Habitação....255
3RESULTADOS DA PESQUISA257
3.1 Coleta de dados 257
3.2 Perfil da população de rua no DF 257
3.3 Discriminações Sofridas261
3.4 Rotina diária da pessoa em situação de rua 263
4CONCLUSÃO269
REFERÊNCIAS270
APÊNDICE273

INTRODUÇÃO

O homem é um ser que tem a necessidade de sentir-se pertencente a um grupo é uma característica que advém de um passado histórico cultural e social. Desta forma, desde a formação da comunidade existe o desejo e a necessidade de convívio em sociedade. Logo, não nos reconhecemos sós e isolados.

Além das necessidades sociais e culturais, o homem possui, ainda, necessidades fisiológicas, físicas e emocionais, estima e autorrealização. Sendo essas necessidades parte do ser humano, quando este percebe-se isolado, fora do grupo, logo surgem tentativas de reintegrá-lo ao convívio social, quer seja por parte dos próprios excluídos ou por parte da sociedade que, em tese, o excluiu. Não obstante esse problema exista desde sempre, apenas recentemente tornou-se foco de discussão na sociedade.

A exclusão social teve início na Europa, devido ao crescimento desordenado de sem-teto e da pobreza urbana, da falta de acesso a empregos e rendas, da natureza precária dos empregos disponíveis e das dificuldades dos jovens de ingressarem no mercado de trabalho. No Brasil, o problema ocorre desde a época da colônia período em que se adotou uma estrutura escravagista, que se reproduziu e permanece até os dias atuais, ainda que de uma forma menos ostensiva e em número menor.

Apesar de a Europa e Brasil serem hoje sociedades prósperas, a questão permanece de difícil resolução, pois precisa de respostas positivas por parte do Estado. Assim, exclusão social necessita de um esforço acertado das instituições e da sociedade civil para o desenvolvimento de estratégias integradas. Dessa forma, o presente trabalho busca construir uma reflexão acerca da efetivação dos direitos fundamentais em face das pessoas que estão excluídas do contexto social, especificamente as que vivam em situação de rua no Distrito Federal, um dos exemplos mais extremos e devastadores da pobreza e da exclusão social do mundo.

Para tanto, o foco recai em uma pesquisa de campo que será realizada nas ruas do Distrito Federal, aqui como um dos mais ricos instrumentos para este fim, uma vez que colhe informações que retrata a realidade vivida pelas pessoas que vivenciam esse contexto. Percebemos que as políticas públicas voltadas para as pessoas em situação de rua não estão sendo efetivadas conforme prevê as lições de Direitos Humanos expressas na Constituição Federal de 1988 e na conquista pela Política Nacional para as Pessoas em Situação de Rua (decreto-lei 7.053 de 23 de dezembro de 2009), uma vez que essa população se sente afastada do ambiente social e por não se acharem reconhecidas como sujeitos de direitos.

O capitalismo tem sido o foco mundial, pois com ele surge o crescimento das riquezas e a exaltação dos Estados soberanos. A crescente globalização tecnológica faz crescer os olhos dos indivíduos que cada vez mais vão em busca de um melhor estilo de vida e de um consumo exagerado. Em um país desigual como o Brasil as oportunidades são para aqueles que podem mais, logo a natural exclusão de quem pode menos acontecer.

Diante deste cenário, que tende a produzir pessoas individualistas e competitivas, faz-se necessário pensar em alternativas que permitam não apenas a formação de sujeitos dignos, mas que façam com que a sociedade aprenda a ter empatia com o próximo, que experimentem relações de solidariedade no desenvolvimento de oportunidades – a partir da inclusão social, levando para a vida – e que estejam inseridas em atividades que valorizem a singularidade dos sujeitos envolvidos. A pesquisa, portanto, nos revela a falta de esperança dessas pessoas em um dia se tornarem sujeitos de direitos. A ausência do mínimo existencial e do reconhecimento como cidadãos tornaram-se fatores cruciais para a realidade desse sentimento.

Para o desenvolvimento de toda esta análise, o trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo se inicia a partir da trajetória histórica dos Direitos Humanos, pois a partir desse contexto, busca-se compreender como se construíram questões relevantes que permeiam a dignidade da pessoa humanas e os direitos fundamentais a serem efetivados em uma sociedade. O segundo capítulo se estrutura a partir da necessidade de estudar a abordagem e a aplicação das políticas públicas no Distrito Federal, além de abordar pontos importantes em um contexto geral no Brasil. Isso porque, para uma compreensão mais realista das possibilidades de ação e de implementação das políticas públicas sociais, é preciso analisar contexto histórico e atual.

No terceiro capítulo, traremos a pesquisa de campo com a análise dos resultados sobre a realidade vivenciada pelas pessoas que estão em situação de rua no DF. Ressalta-se que além do levantamento bibliográfico em torno do tema, a análise do presente trabalho se valeu do mapeamento de artigos, reportagens e sites acerca de projetos cujas propostas eram semelhantes ao que pretendia-se estudar.

1 TRAJETÓRIA HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Os assuntos voltados para o tema dos Direitos Humanos foram debatidos ao longo de vários séculos por diversos estudiosos destacando-se, entre eles, os juristas e os filósofos. O tema se tornou tão importante que permanece em pauta na agenda do mundo internacional. A origem dessa conquista tem como base a religião, pois foi por meio do cristianismo, ainda na idade média, que se pregou a igualdade de dignidade entre todos os homens, assim durante essa época foi desenvolvida a teoria do direito natural pelos filósofos cristãos. Essa teoria preconizava que o indivíduo está no centro de uma ordem social e jurista justa e a lei divina prevalecia sobre qualquer outra (John Lock 1632-1704).

Sobre essa ótica, salienta-se que a ideia dos Direitos Humanos não ficou somente pautada ou focada em cunho religioso. Ademais, os racionalistas pensavam de modo diverso, para eles os homens eram por natureza livres e tinham que ter direitos inatos respeitados como por exemplo a visibilidade na sociedade, ou seja, o homem não pode ser excluído de uma vida fraterna, igualitária e legal. Nesse sentido, é possível extrair o pensamento de que as duas correntes tiveram peso importante para evolução dessa proteção, uma vez que essas doutrinas fizeram surtir efeitos em nações importantes, inicialmente na Inglaterra e posteriormente nos Estados Unidos, enfatizando a importância de estudar e aplicar esse tema.

Documentos como a Magna Carta (1215) e a Declaração Americana da independência (1776) são leis das quais saíam entendimentos normativos sobre as garantias que preservavam o direito à liberdade e o repudio a prisões ilegais e, ainda, o respeito aos direitos políticos como um direito individual, ou seja, a lei exprimia força para ir contra a qualquer ato arbitrário da sociedade como um todo, vale dizer, o povo e o soberano. Ressalta-se, ainda, que a corrente racionalista foi fonte de inspiração para o atual sistema internacional de proteção dos direitos do homem e no decorrer dos anos, outros movimentos contribuíram para o alargamento dos Direitos Humanos. (PEQUENO, 2007).

Nesse sentido, em 1789, na França, foi declarada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, além disso, ainda ao longo dos séculos XIV e XV, ocorreram reivindicações em prol das liberdades e esses movimentos deram origem aos direitos econômicos e sociais. Dentre todos os momentos que norteiam o nascimento dos Direitos Humanos, o que mais se destaca ao longo da história foi entre os anos de 1945 a 1948, uma vez que esse momento foi de guerras e de consequentes desastres humanitários. No ano de 1945, os Estados soberanos se conscientizam quanto aos desastres e atrocidades ocorridos durante o período da 2ª Guerra

Mundial e assim surgiram constituições, pactos, acordos que conversavam entre si em um aspecto internacional em prol da humanidade.

Nesse momento de pacto entre os soberanos, criou-se a ONU (Organização das Nações Unidas) com a finalidade de estabelecer regras e manter a paz mundial. (PIOVESAN, 2009). A Carta das nações unidas, assinada em 20 de junho do ano de 1945, foi o elo entre os Estados, pois as nações manifestaram a vontade em preservar as novas gerações dos resquícios da Guerra e de estabelecer e proclamar os direitos fundamentais do homem, ou seja, a dignidade e o valor da pessoa humana, a igualde entre os homens e mulheres, o respeito entre as nações grandes e pequenas e, ainda, a promoção de uma vida digna e social. Dessa forma, o homem teria a liberdade adequada à sua dignidade (PIOVESAN, 2009).

Apesar do consenso formado sobre a importância de defender os direitos e garantir um convívio social pacífico em que predomine a democracia estatal, ainda existe uma insistência em fixar um modelo economicista e globalizado o que gera impactos negativos quanto a prevalência dos Direitos Humanos entre os povos. Nesse sentido, a desigualdade social ganha peso no mundo contemporâneo fazendo com que a sociedade internacional se mobilize para diminuir os pontos negativos de um modelo liberal, uma vez que forte impacto gerado pela lei da procura e da oferta retarda esse processo devido a prioridade dada a globalização e ao consumismo. (BOBBIO, 2004).

Assim, entende-se aqui a necessidade de realizar uma análise detalhada de todo o processo que apontam os eventos históricos e sociais que motivaram as reivindicações para garantia dos Direitos Humanos e as diversas normas conquistadas no decorrer dessa luta por direitos que teve seu início a parir da Revolução Francesa. Serão analisados pontos históricos como as ideias desenvolvidas pelos pensadores jusnaturalistas que realizaram estudos os quais serviram de base para o desenvolvimento da Revolução Francesa e que tiveram um importante papel na conferência de Viena em 1990 no início do século XXI, momentos históricos que deu início ao surgimento de um Estado de Direito. (BOBBIO, 2004).

1.1 A Revolução Francesa e as Origens dos Direitos Humanos

Entender os acontecimentos da Revolução Francesa e o motivo de ter sido tão importante para o surgimento das ideias centrais dos Direitos Humanos é retornar aos momentos feudais e as origens da sociedade moderna. O feudalismo era baseado em um sistema de produção agrária cujo a escravidão era foco da época, não se tinha preocupação com as condições de trabalho, ou seja, o que prevalecia era a satisfação dos senhores Feudais que eram os patrões da época. Assim, para atender a linha de produção, os servos (trabalhadores da época)

viviam presos aos trabalhos da terra, tinham que prestar serviços pesados e ainda pagar impostos em quantias desproporcionais aos patrões para manter a base da riqueza feudal. (MONTEIRO, 1995).

Em meados do século XII, esse sistema se desintegra, devido a revolta dos camponeses contra as arbitrariedades do sistema e pelo surgimento da burguesia (pessoas livres e independentes das relações feudais), dando início ao surgimento de um novo ciclo que tinha como foco um sistema econômico, político e social, denominado de capitalismo: a era da Revolução Industrial. O capitalismo trouxe a ideia de uma nova sociedade e era livre fruto do renascimento ligado a linha produção, pensamento este que surgiu por meio da revolução industrial. Apesar de trazer ideias de liberdade ao ser humano, os vícios do feudalismo insistiam em permanecer ativos de tal modo que grande parte dos países não aceitaram de imediato a ideia de ter como pilar um Estado de Direito. (CHOMSKY,2002).

Frisa-se, portanto, que nas ideias capitalistas, também prevalecia a lei do mais forte e com isso a concentração na economia e no consumismo trouxe à tona o individualismo e a desigualdade social e, assim, o lucro era concentrado em quem podia mais. O estudioso e defensor do sistema capitalista, Friedrich Hayek (1899 – 1992), leciona que o sistema econômico deve ser equilibrado e justo, logo nasce uma sociedade ideal, portanto, aquela que apresenta liberdades individuais e sem coação de qualquer espécie. Assim, a ordem econômica surge espontaneamente havendo o respeito entre o que é normativo e o que é liberdade. Para ele os governos intervencionistas levam ao autoritarismo e aniquilam as liberdades individuais (CHOMSKY,2002).

Nesse contexto, observa-se a importância de destacar fases importantes que o sistema capitalista sofreu. A primeira fase chamada de pré-capitalismo pessoas eram caracterizadas como independentes e trabalhavam por conta própria em suas oficinas, produziam e realizavam trocas com outros produtores, aqui via-se uma relação de mercado. Outra fase a destacar era o capitalismo comercial, nesse momento a preocupação era com o trabalhador assalariado (relação entre empregador e empregado) que não possuía meio de produção e, por isso, surgia a necessidade do uso da força do trabalho mediante recompensa de salário. O capitalismo industrial foi a fase que deu início ao aumento dos trabalhadores assalariados e a extinção dos artesãos dividindo as figuras da massa assalariada daquele que possui meios de produção.

A fase financeira se deu com o capitalismo financeiro que era um sistema bancário em que as grandes corporações financeiras passaram a ter domínio das finanças e das demais atividades. Ressalta-se, por fim, o sistema capitalismo informacional em que persiste a organização industrial e financeira, mas tem como referência a valorização do conhecimento.

Na visão de Karl Marx (1818-1883), o capitalismo tem como base o princípio da mais-valia, ou seja, aquele que detém os meios de produção recompensa seus trabalhadores com um salário muito inferior ao que deveria ser pago quando se leva em consideração o real valor do trabalho realizado, todavia o detentor se apropriava da diferença e assim nascia uma relação de trabalho injusta. (MAX,1974).

Ainda que diante de uma relação de trapaças, os trabalhadores viam-se obrigados a vender a sua força de trabalho, uma vez que não dispunham de ferramenta para fomentar a produção e assim obterem o lucro como produtores. É nessa divisão de classes que surge a burguesia que era a elite dominante e o proletariado a classe trabalhadora. O sistema capitalista ainda se destaca pela livre concorrência que é uma forma de organização das relações econômicas. Ela permite a opção de escolha pelo consumidor é uma visão em que o cliente é peça central nesse processo de organização. Essa opção de escolha também recaia sobre o proletariado que caso não estivesse satisfeito com o salário que recebe pode, então, trabalhar para aquele que valorize a sua força de trabalho com melhores salários (MAX,1974).

Esse contexto apresenta pontos negativos que o capitalismo trazia para a classe assalariada, pois a lucratividade e a competitividade prevalecem sobre a valorização da força de trabalho e assim o trabalhador tem reduzido o seu salário o que acarreta uma baixa circulação de moeda e consequentemente o consumo. Com esse vigor capitalista, surge na França a Revolução Francesa um dos principais marcos que fortalece as ideias dos Direitos Humanos. As relações das crises de um modelo capitalista, ou seja, política, social e econômica deram início a Revolução que ocorreu no final do século de XVIII. Tal crise foi um marco no fim da monarquia absolutista que reinava no Estado Frances a vários séculos (FERREIRA FILHO, 2000).

Nesse período, a França tinha um governo dominado por Luís XVI que dividiu a sociedade em classes sociais sendo o clero o primeiro Estado, a nobreza como o segundo Estado e o povo sendo o terceiro Estado. Logo, via-se que a França era dividida em um grupo que era dotado de regalias e outro que era um classe de vulneráveis formados por burgueses e camponeses o que representava uma tamanha desigualdade, visto que a nobreza e o clero detinham notáveis privilégios como a isenção de tributos e o direito de cobrança de impostos de suas terras (século XVIII). Essa desigualdade afetou de forma significante a economia, resultou em um atraso econômico em relação aos avanços que o mundo estava passando em decorrência do capitalismo. Isso se deu devido à resistência da nobreza e do clero que temiam perder o privilégio que tinham perante a sociedade e, também, elevados gastos sem causas do governo francês (FERREIRA FILHO, 2000).

Esse episódio de gastos desnecessários causou grande impacto na economia do Estado da França. O envolvimento do país com a Revolução Americana foi exemplo dos maus gastos, a crise econômica afetou diretamente as relações sociais, pois com o caos instalado o governo teve de intensificar a cobrança dos impostos afetando principalmente a classe mais pobre. Essa atitude arbitraria do governo causou graves danos em grande parte dos camponeses, pois eles não tinham terras para arcar com as despesas da tributação. Esse ataque do governo fez com que os camponeses cedessem parte de sua renda para arcar com as despesas estatais de modo que ficassem sem meios suficientes para a própria subsistência. Dessa forma, houve um agravamento econômico considerável que antecederam a Revolução Francesa, mas, ainda assim, a nobreza e o clero não cederam as reformas, pois continuavam não dispostos a abrir mão das mordomias que detinham (HOBSBAWAN, 2001).

Com o passar dos anos a situação da França se agrava dia a dia. Em 1788, o país teve uma queda nas colheitas e no ano seguinte já havia se instaurado uma verdadeira convulsão social e em decorrência disso as pessoas entraram em uma grande rebelião sendo necessária a convocação dos os Estados Gerais para conter a crise. Os Estados Gerais funcionavam como solucionadores de conflitos e eram convocados toda vez que ocorriam crise estatal, era um modo de obter soluções que fosse fortificar o país e afastar as crises que pudessem ocorrer independente de qual assunto for. O funcionamento dessa assembleia se dava com representantes dos Estados que compunham a sociedade francesa.

Dessa forma, o conflito era solucionado por meio de votação pelo Estado e não por indivíduos, a consequência dessa votação era a derrota do terceiro Estado, pois o clero e a nobreza se reuniam com o foco de derrotar o proletariado. Essa atitude gerou comoção dos representantes do terceiro Estado que reivindicavam o voto individual, assim teriam uma votação igualitária, mas essa tentativa foi frustrada e logo não obtiveram êxito em conseguir tal avanço (COMPARATO, 2000).

Mas, os integrantes do terceiro Estado não se deram por vencidos e a rejeição da proposta de voto individual os motivaram a criar uma Assembleia Nacional Constituinte. Essa atitude ganhou força com o apoio dos representantes o que foi a chave para o sucesso das ações da Assembleia Nacional Constituinte. No entanto, a aceitação pelos nobres não ocorreu e foi ordenado o trancamento da Constituinte, essa atitude por sua vez, ocasionou em 14 de julho de 1789 a queda da Bastilha que foi um ataque da população do terceiro Estado a Bastilha, prisão em que eram enviados os opositores do Absolutismo Francês. A tomada dessa prisão foi, então, o início da Revolução Francesa e marco revolucionário por todo o país.

A queda da Bastilha foi um processo revolucionário que perdurou por dez anos e teve fim com o Golpe de 18 de Brumário o qual foi organizado por Napoleão Bonaparte. Esse processo teve sua extensão marcada por três fases importantes a saber: a Assembleia Nacional Constituinte e Assembleia Legislativa (1789-1791), a Convenção (1792-1795) e o Diretório (1795-1799). Desse modo, a Assembleia Legislativa inicia o período da Revolução Francesa e marca o momento em que os constituintes construíram uma Constituição para o país francês. Composta por uma minoria dos burgueses e por grande parte dos nobres e clero, tinha como objetivo votar leis e impostos, fixar as despesas ruas, declarar guerra e ratificar os tratados. (FERREIRA FILHO, 2000).

O processo revolucionário que se iniciou com a queda da Bastilha causou a reação dos camponeses para combater o poder do clero e da nobreza e, assim, garantir os meios de sobrevivência. Essa reação foi denominada como o Grande Medo (1789), os camponeses diante do medo de ficar alimentos e da revolta das cobranças abusivas de impostos realizaram diversos ataques contra propriedades aristocratas e cometia assassinatos dos donos dessas terras, dessa forma via-se que o maior problema enfrentados por esses povos era a fome. A revolta dos camponeses gerou uma série de mudanças na França, as regalias feudais acabaram e no mesmo período daquele ano foi proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão o documento mais importante da Revolução Francesa que tinha como um dos objetivos determinar a igualdade entre os homens (HOBSBAWM, 2001).

As reações do povo causaram dois acontecimentos importantes: A posição conservadora da classe média que freou o poder do Soberano e a saída da nobreza e do clero que deixaram a França, foram abrigar-se nos países da Áustria e da Prússia, no entanto a nobreza e o clero, ainda que de longe, iniciaram estratégias contra a revolução com a finalidade de reverter as mudanças que ocorriam no momento. Os ataques contra as mudanças fizeram com que os revolucionários também revidassem e assim surgiu a Constituição Civil do Clero no ano de 1970. Em 1971 foi promulgada a constituição Francesa que transformou a França em uma monarquia constitucional acabando com as esperanças daqueles que acreditavam em uma democracia no país. Assim, a Assembleia Nacional Constituinte se transformou em Assembleia legislativa. (HOBSBAWM, 2001).

Nesse momento, surgem dois grupos políticos com visões extremamente distintas referentes ao processo de revolução que fizeram história na Revolução Francesa: Girondinos e Jacobinos. Os primeiros defendiam que as mudanças deveriam ser paralisadas, por outro lado os Jacobinos adotavam um modelo mais radical das mudanças. Compondo o sistema monarca, a assembleia deu início a uma guerra (1792) frente as demais nações europeias, uma vez que a

revolução na França era tida como uma ameaça por outras nações que aderiram ao absolutismo europeu. Esse período de guerra iniciou o caminho para a radicalização da Revolução Francesa dando origem ao período de terror em que ao final resultou na queda da Monarquia Francesa e instauração da República. (TRINDADE, 2002).

Nesse momento de instauração da República a então Assembleia legislativa deixa de existir surgindo, dessa forma, a Convenção que foi constituída setembro de 1972. A Convenção Nacional, considerada como a segunda fase da Revolução Francesa, era formada pelos populares (os Jacobinos) que tinham como objetivo garantir os direitos e o poder de decisão, ou seja, proteger o interesse do povo, mas a luta por esses ideais foi árdua e sangrenta iniciando-se um período complexo. Esse momento foi de muitas transformações na França, pois Luís XVI deixou o reinado da França e com isso surgiu a questão da penalidade que seria aplicada ao rei (TRINDADE, 2002).

De um lado os Girondinos exigiam que o rei fosse exilado e, por sua vez, do outro os Jacobinos pediam a sua execução. Esse destino se deu devido a traição do rei perante a população, pois foram descobertos indícios de que ele estava associado ao esforço contrarrevolucionário que havia sido realizado nos países da Áustria e Prússia. No início do ano de 1793 o rei foi executado, conforme o desejo dos Jacobinos. Ainda que detendo o poder, a convenção enfrentou uma guerra contra os Girondinos que não aceitavam a queda dos monarcas que se apropriou da matança em serie realizadas pelos rivais para articular o golpe de Estado que originou na Constituição de 1795 e na derrota dos Jacobinos iniciando o período do Diretório (TRINDADE, 2002).

O Diretório, então, é o retorno dos Girondinos e da alta burguesia francesa ao poder de condução ao processo revolucionário. Assim, retorna o voto censitário o período autoritário em que a vontade do povo era por vezes reprimida. Diante de todo o ocorrido, a França enfrentava uma era de instabilidade e essa fragilidade fez com que a alta burguesia francesa defendesse esse autoritarismo, uma vez que os povos estavam insatisfeitos, a economia cada vez mais em queda, além das ameaças de guerras pelo país. Para eles, a ditadura era a melhor opção naquele momento e assim nasceu o apoio de Napoleão Bonaparte, considerado como sendo um general famoso em liderança de exércitos contra lutas internacionais (TRINDADE, 2002).

Nesse momento foi organizado um golpe por Napoleão, que no ano de 1799, tomou o poder da França evento esse conhecido com o Golpe de 18 de Brumário. Ao contrário do que se possa pensar, a Revolução não teve o caráter apenas de destruição da tradição, mas trouxe uma ação afirmativa, trazendo costumes de novas relações sociais, pautadas no princípio da igualdade fundamental entre os homens, ajustando o passo da política com o desenvolvimento

da economia de capital, trazendo à tona as noções de soberania popular de Estado e de direito de cidadania. Isso ocorreu devido aos fins dos privilégios de classe, dos vícios do feudalismo e o início da consolidação do capitalismo, do processo de queda do absolutismo na Europa e França, inspiração para movimentos de independência no continente americano, a forma republicana do governo, a separação dos poderes e a igualdade entre os homens (TRINDADE, 2002).

Conforme nos ensina Bobbio (1909-2004), a Revolução Francesa remete sua importância e relevância a publicidade de seus acontecimentos como sendo modelo de referência de combate as atrocidades e a garantia de liberdade e do direito dos povos, para ele essas ideias norteadoras deveriam ser espalhadas por todo o globo. Esse período traz o conhecimento que as ideias inovadoras não partiram apenas das revoltas ocorridas a época, mas também dos anseios do terceiro Estado francês e da burguesia. Sobre o disposto é possível analisar os entendimentos dos racionalistas e dos jusnaturalistas referente aos ocorridos na Revolução Francesa e os conceitos que rodeiam os Direitos Humanos (BOBBIO, 2004).

O entendimento racionalista que se pautava na metodologia lógica e iluminista fez entender que a razão era o único fator capaz de entender a natureza e desejos da sociedade e dessa forma a religião seria melhor explicada, libertando o homem dos medos futuros de enfrentar as mudanças. A ideia do jusnaturalismo surge desses pensamentos filósofos racionais devido a aplicação eficiente que foi aplicada aos propósitos da Revolução Francesa. É uma ideia que acredita em direitos individuais advindos da própria natureza humana, o indivíduo é acima e antes de tudo um sujeito de direitos. Essas ideias de rupturas, trazidas por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, apresentam o homem como sendo sujeito de direitos que deve ter preservado as suas liberdades como um povo e não como alguém em determinado lugar (BOBBIO, 2004).

Na percepção de Bobbio e de diversos autores, ela tornou-se a primeira declaração com pretensões universalizantes, cabendo reconhecer que a igualdade exposta na declaração trata-se do princípio que todo indivíduo deve ser tratado de modo igual, justo e não de que todo indivíduo deva viver em iguais condições sociais e econômicas, mas as oportunidades devem ser iguais para que todos possam alcançar aquilo que lhe é de direito, assim é o entendimento assinalado na declaração por Hobsbawan: “é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária” (HOBSBAWAN, 2001).

A declaração propõe artigos que estão associados aos interesses dos burgueses, fato que explica a defesa da liberdade e propriedade em ocupar posição central do documento normativo

e ainda o caráter formal conferido à igualdade. Quanto as mudanças políticas ligadas a Revolução, a declaração está pautada na concepção individualista da sociedade, pois o indivíduo isolado, independente dos demais, logo é ele o fundamento da sociedade. Apesar de sua tamanha importância, essa concepção é o oposto da ideia de que o homem desde sempre é animal político e social e que necessita das relações sociais para um bom convívio em sociedade. (HOBSBAWAN, 2001).

Percebe-se que a Revolução Francesa é entendida como um acontecimento político essencial e de vasta importância para a construção dos Direitos Humanos, pois nela analisa-se um curso histórico vivido com extrema desigualdade e atrocidades de guerras além disso, ela dita o fim último de uma época e o início de outra. Foi um momento histórico que proporcionou discussões e entendimentos teóricos individualistas que tinham como finalidade entender a sociedade que foi, ali, construída assimilando as mudanças ocorridas e afirmando que o homem possui um valor intrínseco e que seus direitos foram reorganizados nas relações sociais e políticas perante uma base democrática e moderna. A simples declaração de direitos não acarreta a sua plena vigência. Cabe, portanto, a lei estabelecer os limites do exercício das liberdades e poderem proclamados.

1.2 A Conquista dos Direitos Políticos

A era posterior ao período revolucionário teve como marco principal a sociedade burguesa a frente do desenvolvimento industrial que se expandiu para outros países europeus e os Estados Unidos da América. Com os burgueses dominando as forças de trabalho na indústria, a massa de trabalhadores industriais logo entenderia que o poder do lucro faria com que eles ficassem em um patamar de desigualdade, ainda que com as liberdades declaradas em 1789 ocorreria ali um retrocesso, uma vez que o poder político ainda estava nas mãos do mais forte (CARVALHO, 2005).

Entende-se que a liberdade do indivíduo, principalmente a valorização econômica, vale dizer, aquelas relacionadas a propriedade, meios de produção e comercio e a livre concorrência, eram ideias partidas do liberalismo e que para terem efetividade necessitariam de uma participação limitada do Estado nesses assuntos. Essa conclusão era um pensamento que trazia à tona os desejos da classe burguesa, uma vez que a necessidade era de superar os vícios da antiga sociedade e assim construir uma sociedade capitalista que trazia princípios individualistas e consequentemente apostava em um crescimento econômico que surgiria com a competitividade da livre iniciativa de mercado.

Essas ideias tomaram força na metade do século XIX que foi o momento em que as orientações liberais do capitalismo tomaram grandes proporções e diante disso um novo entendimento de sociedade nascia dando origem ao socialismo. O socialismo moderno surgiu em meados do século XVIII, teve como origem os movimentos políticos trazidos pela classe trabalhadora e pelos estudos e pensamentos da classe intelectual. O objetivo central era a organização econômica, ou seja, administrar os meios de produção e a distribuição dos bens em que a proposta era a construção de uma sociedade caracterizada pela igualdade de oportunidades e meios para todos os povos, era uma forma de compensação justa.

A ideia era, portanto, um mundo que o valor das potencincialidades individuais fossem valorizadas, dessa forma a liberdade social e econômica prevaleceria sobre o poder coercitivo do governo que passaria a não mais existir. Tal ideia socialista entendia que a felicidade abordada pelo liberalismo era atingida por poucos indivíduos, ou seja, não havia a igual oportunidade de liberdade e com isso o trabalhador era visto pelo patrão como um produto do sistema e não como um sujeito de direitos, portanto o capitalismo produzia os resultados contrários aos que tinham sido anteriormente mencionados por seus defensores. O socialismo rompia a ideia do individualismo liberal e trazia a ideia de homem naturalmente comunitário o que se remete ao homem social desde os primórdios (CARVALHO, 2005).

Tem-se que nesse momento de expansão dos ideais socialistas entram em conflito com o momento em que os liberais se tornaram mais avessos quanto a aplicação dos Direitos Humanos. Logo, para que os empresários permanecessem no controle sobre a classe assalariada, esses direitos eram aplicados de modo restrito, uma vez que representavam uma ameaça aos desenvolvimentos dos negócios, logo mencionar o tema Direitos Humanos reduzia-se a uma ideologia no sentido de recepcionar uma nova dominação de classe.

A conquista pelos direitos políticos enfrentou muitas restrições, principalmente no que diz respeito aos direitos das mulheres. A luta enfrentou embates entre trabalhadores e classe dos dirigentes mediante grande repressão estatal, intolerância dos patrões, defesa das regalias por parte das classes dominantes, diversas torturas, prisões e extradições de sindicalistas, além de centenas de mortes. (TRINDADE, 2002).

Contudo, ao final do século as conquistas foram ficando cada vez mais evidentes e dava passo largos e concretos quanto a organização dos objetivos que, no futuro, seriam reconhecidos os direitos econômicos e sociais que dariam acesso à educação, salário básico, moradia, aposentadoria e demais serviços assistenciais. Como bem explica Trindade, a proporção que o século XX avançou, os êxitos da pressão operária e camponesa também forçaram o próprio conceito oitocentista de direitos humanos, direitos civis e políticos, a se expandir, com a

progressiva incorporação jurídica dos direitos econômicos e sociais, jamais contemplados pelas revoluções burguesas (TRINDADE, 2002).

1.3 A Conquista dos Direitos Sociais

O conceito de cidadania, até aproximadamente no início do século XX, era compreendido apenas por direitos civis e políticos e exerciam pouca interação direta quanto a desigualdade social que predominava no sistema de classes (Marshall 1967). Conforme os estudos realizados por Marshall, os direitos civis tinham seu reconhecimento desde a Revolução Gloriosa e eram indispensáveis para se obter uma economia de mercado mediante a competição, uma vez que trazia a igualdade de oportunidades e liberdades econômicas para os indivíduos. Por outro viés, os direitos políticos idealizavam a destruição da sociedade capitalista dando ênfase na participação política eleitoral. (LENZA, 2012).

A ideia de conquistar os direitos sociais não era a de abolir a sociedade de classes, mas de construir uma sociedade cuja diferenças entre as classes sejam verdadeiras em termos de justiça social. Nesse contexto, constata-se que a sociedade passou por anos de longas batalhas e de duríssimas crises em decorrência da maior guerra travada pelas nações (1914-1918), e foi exatamente nesse período que as esperanças pela universalização dos Direitos Humanos puderam ser alimentadas, pois aqui surge a união entre as nações que construíram constituições justas e acordos de paz que tinham o objetivo de frisar o Estado de direito. (LENZA, 2012).

1.4 A Internacionalização dos Direitos Humanos

1.4.1 Conceito de Direitos Humanos

Essa proteção de direitos se fez tão importante ao longo da história, que diversos estudiosos buscaram conceituar da melhor forma os direitos de maior relevância já constituídos e que fazem parte do histórico da humanidade. Dentro dessa diversidade de conceitos, existem três importantes linhas de estudos: a perspectiva filosófica ou jusnaturalista, a perspectiva universalista e a perspectiva constitucionalista. (PIOVESAN, 2016).

A primeira corrente está voltada para o conceito de direitos naturais que é inerente a pessoa humana independente do momento em que se vive (tempo e lugar), para essa doutrina os Direitos Humanos são absolutos e imutáveis. Em que pese a importância desse conceito, uma vez que contribuiu de forma significante para a conquista desses direitos, os doutrinadores contrários a esse conceito tecem uma crítica com o fundamento de que atribuir ao homem essa legitimidade naturalista é fazer com que ele dite as regras dizendo o que é natural ou não, o que

para esses pensadores seria um problema e abalaria a paz social, assim os Direitos Humanos seriam históricos e não naturais. (PIOVESAN, 2016).

A corrente universalista, por sua vez, denomina os Direitos Humanos como sendo direitos de todas as pessoas em qualquer lugar, mas essa regra viria escrita e fundamentada em tratados, pactos ou até mesmo em convenções que legitimariam a sua proteção. Por fim a corrente constitucionalista, que conceitua os Direitos Humanos a partir de um determinado território estatal, são, contudo, direitos positivados em documentos constitucionais e que possuem status de direito fundamentais. (PIOVESAN, 2016).

Apesar de conceitos diversos todos contribuíram para uma única tese: os Direitos Humanos possuem na perspectiva internacional, a universalidade. Nesse contexto, a universalidade atribui o reconhecimento da indivisibilidade, pois independente do conceito esses direitos são universais, ou seja, basta ser pessoa para ser sujeito desses direitos. A indivisibilidade, por sua vez, decorre da soma de direitos que são atrelados aos direitos civis e políticos, assim os direitos econômicos, sociais e culturais são entendidos como meios para o exercício das liberdades individuais e políticas e por serem interdependentes e, portanto indivisíveis, não pode haver hierarquia entre essa linha de direitos o que gera a igualdade.

Ao longo de toda história que marca a conquista dos Direitos Humanos é possível perceber várias discussões que divergem quanto ao assunto, e no que se refere ao tema da universalização desses direitos não é diferente. A universalização prega, portanto, o objetivo de proteger os indivíduos independente da nação e isso gera uma discussão na sociedade contemporânea que trouxe a ideia do relativismo cultural, que pela maioria dos autores, vem como oposição ao universalismo. O relativismo cultural é um pensamento antropológico que enxerga as culturas como forma livre de etnocentrismo, ou seja, é não julgar o outro a partir suas visões e experiência. Conforme os estudos realizados pelo antropólogo, Franz Boas (1858-1942), essa visão relativa tem o objetivo de respeitar, ter uma visão neutra a respeito do conjunto de hábitos, crenças e comportamento que aos olhos da sociedade pode parecer estranha ou até mesmo cruel e que resultam em choque cultural. (PIOVESAN, 2016).

A universalização busca a convivência harmoniosa entre os povos, logo não se pode usar o culturalismo para justificar as violações aos Direitos Humanos. A organização das Nações Unidas comentou sobre o assunto em resolução de assembleia geral nº 64 de 29 de outubro de 2009 ressaltando que o Irã tem cometido atos de violação dos Direitos Humanos em nome da cultura religiosa. Para que esse assunto deixe de ser um problema é necessário um ponto de equilíbrio para que se evite uma universalização descontextualizada que venha a violar os direitos culturais que possam trazer consequências graves para a vida dos indivíduos.

A diversidade cultural tem grande importância na construção da humanidade, logo não se trata de um obstáculo quanto a universalização dos direitos humanos, da mesma forma, não cabe evocar tradições culturais para cometer atrocidades, pois a cultura é uma expressão de uma determinada verdade e não da verdade absoluta. Os Direitos Humanos, em um aspecto geral, podem ser conceituados como um conjunto de normas que abitam o direito internacional que tem como objetivo assegurar a qualquer indivíduo os meios de defesa contra as arbitrariedades de um Estado e daqueles que oprimem, discriminam e matam. Busca, portanto, a efetividade de proteção da dignidade humana. (TRINDADE, 2003, p. 303).

1.4.2 *As Gerações dos Direitos Humanos*

As gerações ou dimensões de direitos foi uma teoria criada por Karel Vasak por meio de um texto publicado no ano de 1977 e por uma palestra ocorrida em 1979, que se deu devido a Conferência no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo na França, pelos direitos de solidariedade. Esses acontecimentos trouxeram a teoria das gerações pautadas nos princípios da Revolução Francesa: liberté, egalité e fraternité, liberdade, igualdade e fraternidade. O autor, em seus estudos, trouxe três gerações de Direitos Humanos: primeira geração, segunda geração e terceira geração. As gerações ou dimensões surgem de acordo com o tempo e com a consequente mudança que o mundo atravessa com as novas gerações, assim há uma complementação de direitos a cada era (BOBBIO, 2004).

A primeira geração de direitos são aqueles direitos individuais tais como a liberdade e os direitos civis e políticos que nada mais são que o resultado das teorias filosóficas do iluminismo, do liberalismo e das lutas dos burgueses contra as ideias absolutistas, ou seja, contra o poder arbitrário do Estado. Essa geração afirma, portanto, os direitos do homem frente ao Estado. A segunda geração de direitos vem como um complemento aos Direitos Humanos de primeira geração, são os direitos coletivos ou sociais que tem como base o socialismo. Essa geração, teve o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como o primeiro e único instrumento jurídico que imputou a obrigação de proteger tais direitos.

A terceira geração, por sua vez, preconiza a proteção da dignidade da pessoa humana de forma fraterna e solidaria que surge devido as graves atrocidades causadas pela segunda guerra mundial. O estudo das dimensões ou gerações de direitos busca explicar melhor a evolução dos direitos fundamentais a partir de cartas constitucionais históricas de diversos países. O objetivo não é realizar a troca de gerações, mas de complementar os objetivos futuros

a partir de uma geração passada. Atualmente atores explicam gerações de direitos até a sétima dimensão trazendo ideia de um mundo atual e globalizado.

1.4.3 *Processo de Internacionalização dos Direitos Humanos*

O que pôde se analisar até o momento, tomando por referência os estudos realizados por Bobbio, é que foram analisadas duas fases das declarações de direito: A primeira fase trata-se de uma corrente filosófica a exemplo da declaração de 1789 que teve grande influência dos pensamentos embasados no direito natural, ou seja, no jusnaturalismo; a segunda, por sua vez, é tida como concreta e limitada, quando as declarações são incorporadas às constituições dos Estados, tendo em vista os valores econômicos e a pequena participação da sociedade quanto as aplicações das medidas políticas, ou seja, existe a concretização, mas uma limitação em sua efetivação em determinados Estados Nacionais

A análise a ser realizada, será em percorrer a fase universal e positiva de direitos que teve seu surgimento no pós-guerra mundial momento em que se proclamou a Declaração Universal Sobre Direitos Humanos. A declaração é entendida por universal porque os sujeitos os princípios e direitos contidos nela não são destinatários determinados, vale dizer, desse ou daquele Estado, dessa ou daquela classe social, mas todos os homens; diz que é positiva, uma vez que expressa a efetividade dos direitos, ou seja, os direitos não serão apenas proclamados, mas posto e prática em todo o globo, e, até mesmo contra o próprio Estado que vier a cometer violações. Nesse sentido Bobbio ensina que ao final de todo o processo trazido na declaração os direitos do cidadão se tornarão e em direitos do Homem, trazendo assim uma escala maior no grau de efetivação desses diretos expandindo a cidadania a todos (BOBBIO, 2004).

As tragédias iniciadas pela Segunda Guerra Mundial (1939-1945) foi, sem dúvidas, a principal motivação para que forças interacionais se unissem para resgatar a dignidade da pessoa humana. Surgia naquele instante a necessidade de proteger a humanidade de todas as violações dos humanos que a guerra proporcionou, com o objetivo de evitar que aquelas atrocidades se repetissem. As violações ocorreram, pois, os direitos relativos a dignidade humana era até então inexistente, assim a sociedade internacional, conforme explica Mazzuoli, viu não somente a necessidade, mas a obrigação de iniciar de modo urgente uma construção normativa internacional para resguardar e proteger esses direitos, foi um cenário que diante da necessidade surgiram interesses comuns entre as nações que se organizaram para a defesa da humanidade (MAZZUOLI, 2011).

Essa organização internacional que tinham o mesmo propósito, ou seja, cooperação internacional para debater e resolver as demandas internacionais de cunho econômico, social, cultural e humanitário, e para disseminar o respeito aos Direitos Humanos bem como as liberdades fundamentais para todos, o que afasta a distinção de raça, sexo, classe social ou religião, cria a mais importante organização internacional, a Organização das Nações Unidas e seus órgãos, no ano de 1945, que adota o seu documento constitutivo (Carta de São Francisco).

Em 1948 é aprovada a mais complexa declaração, a Declaração Universal de Direitos Humanos que traz um entendimento atual de Direitos Humanos preconizada pela universalidade e de direitos indivisíveis. Foi, portanto, o processo que inicia a internacionalização dos Direitos Humanos, ou seja, traz a legalidade nos interesses sobre esses direitos perante a comunidade internacional. Trazendo a ideia que todos são responsáveis pela aplicação e efetivação dos Direito Humanos, os Estados deixam de ser os únicos responsáveis pela promoção e proteção desses direitos e a comunidade internacional impõe limites e obrigações, uma relação de respeito entre os Estados e os seus cidadãos. (PIOVESAN, 2012).

Nesse sentindo, nasce a relativização do princípio do Estado soberano, pois tratar de assuntos que versem sobre os Direitos Humanos deixa de ser tema de competência exclusiva do Estado passando, assim, ser admitidas intervenções internas em nome da proteção desses direitos. Essa concepção nos leva a entender que a medida em que os direitos dos indivíduos recebem proteção no campo internacional, eles passam ser considerados sujeitos de direitos. Nesse sentido, surgem os sistemas global e regional com o objetivo de proteger os Direitos Humanos. No âmbito global, esse sistema apresenta um caráter geral trazendo documentos como Pactos Internacionais e a realização de Conferências Internacionais que busca uma tratativa especifica ao falar desses direitos. (PIOVESAN, 2012).

Os principais documentos que estão atrelados ao sistema global são: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) expressa em seu texto (artigos 1º ao 28º) os direitos políticos, civis, econômicos, sociais e culturais, observando a liberdade, a igualdade e a fraternidade. É pautada por aspectos que consagram os Direitos Humanos de modo universal, indivisível e interdependente que dita como obrigação da sociedade internacional tratar os Direitos Humanos como um todo e de fora equitativa. (PIOVESAN, 2016).

O Pacto dos direitos Civis e políticos (1966) proporciona amplitude ao rol de direitos civis e políticos contidos na Declaração tratando tais direitos como sendo autoaplicáveis. Ele reconhece a universalidade, a inalienabilidade e a indivisibilidade dos direitos e defende os

princípios da autodeterminação dos povos, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, liberdade entre outros. Outro documento que merece explanação é o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) que além da ampliação dos direitos econômicos, sociais e culturais da Declaração Universal dos Direitos Humanos, traz regras de direitos trabalhistas.

Atualmente existem mecanismos diversos sobre o sistema global para que sejam garantidos os direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos. Diversas conferências já foram realizadas com a finalidade de evolução e internacionalização dos Direitos Humanos. Dentre elas destacam-se: em 1992 na cidade do Rio de Janeiro: Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento; em 1993 na cidade de Viena: Conferência Mundial sobre Direitos Humanos; em 1994 na cidade do Cairo: Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento; em 1995 na cidade de Beijing: Conferência Mundial sobre os Direitos da Mulher; em 1996 na cidade de Istambul: Conferência Mundial sobre Assentamentos Humanos; em 2001 na cidade de Durban: Conferência Mundial sobre Racismo, Xenofobia e Intolerância Correlata e em 2002 na cidade de Monterrey: Conferência Mundial sobre Financiamento para o Desenvolvimento. (PIOVESAN, 2016).

O sistema regional de proteção dos Direitos Humanos busca a proteção internacional desses direitos no plano regional. Tem como instrumentos regionais de proteção: Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Protocolo de São Salvador e o Protocolo Adicional à convenção Interamericana de Direitos Humanos. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) trata-se do Pacto de São José da Costa Rica é um tratado obrigatório de Direitos Humanos no âmbito interamericano que trata dos direitos civis e políticos. O protocolo de São Salvador (1988) é um documento adicional que versa sobre os direitos econômicos, sociais e culturais tratados na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. E por fim, o Protocolo Adicional a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1990), por sua vez, aborda assuntos relativos a abolir a pena de morte. (PIOVESAN, 2016).

Quanto as Convenções Internacionais, elas tratam de normas multilaterais de Direitos Humanos e visam a proteger a determinados grupos de pessoas tais como: em 1948: Convenção contra o Genocídio; em 1949: Convenção de Genebra sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Bélicos; em 1965: Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial; em 1969: Pacto de São José da Costa Rica; em 1979: Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher; em 1985: Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; em 1989: Convenção sobre os Direitos da Criança e em 1992: Convenção sobre a Diversidade Biológica (ONU BRASIL, 2019).

Esses documentos de proteção tanto globais como os regionais, são instrumentos complementares uns aos outros. O indivíduo que apresentar direito violado pode optar pela escolha que qual documento recorrerá, optando pelo mais benéfico, quando o seu direito estiver em proteção por mais de um documento. Todo o processo de internacionalização dos Direitos Humanos está pautado em diversos antecedentes históricos, logo o relativismo cultural não pode ser utilizado para justificar danos e violações aos Direitos Humanos. Observar os princípios de Direitos Humanos é tema de interesse internacional e toda a sociedade, de modo que, a internacionalização desses direitos afasta de modo definitivo o conceito de soberania absoluta em que o Estado era o único sujeito de direito internacional. Além disso torna-se responsabilidade de todos a proteção dos Direitos Humanos.

1.5 A inserção dos Direitos Humanos no Brasil

Toda a trajetória que explica o surgimento dos Direitos Humanos relata que ele é um importante instrumento de proteção a toda pessoa do mundo sem que haja quaisquer documentos jurídicos espalhados por diversos países do mundo, um dele é o Brasil. Nesse contexto, será abordado a inserção desses direitos no país. A história dos Direitos Humanos no Brasil está relacionada diretamente com o surgimento das constituições brasileiras sendo necessário realizar, para uma melhor compreensão, a abordagem histórica desses documentos que trouxeram grande importância para a aplicação dos Direitos Humanos no país. (PIOVESAN, 2016).

A primeira constituição brasileira, Constituição Imperial de 1824 (Brasil Império), surge provocando uma reação de abominação de diversas pessoas, pois apresentava uma falsa aparência de Estado liberal, ou seja, trazia uma ideia de liberdade, segurança de propriedade, separação entre os poderes Legislativo e o Executivo, mas oficializava a figura do poder morador no qual o imperador, Dom Pedro I, tinha, exclusivamente, o poder e a liberdade de desfazer e anular os atos decisórios realizados por outro poder. Assim, o governo combinava traços de liberalismo com o absolutismo dando prevalência ao último. (PIOVESAN, 2016).

Outro aspecto importante a ser destacado é o sistema eleitoral que era organizado por meio de eleições indiretas em que os eleitores eram escolhidos e obrigados a votar em sujeitos determinados, além disso, os eleitores deveriam ser homens e ter mais de 25 anos de idade e, ainda, comprovar renda mínima de 200 mil-réis para se ter o direito a voto, logo comprova-se que grande parte da população era excluída do sistema eleitoral o que violava os direitos políticos da época. Além disso, o período imperial era marcado pela forte escravidão que ainda

vigia, os escravizados eram tidos como produto e propriedade do senhor, sofria violências diversas e a perda da liberdade um verdadeiro desrespeito aos Direitos Humanos. (VILLA, 2011).

Nesse contexto, a constituição de 1824 estava distante de cumprir qualquer ideia de isonomia na sociedade brasileira, uma vez que o imperador detinha amplos poderes para exercê-los de acordo com suas próprias demandas. Esses atos de império fizeram com que surgissem diversos protestos pelos Estados brasileiros, ou seja, revoltas políticas que eram contra a estrutura do poder vigente por ser arbitrariamente centralizado. Anos mais tarde, no período republicado em 1891 (Brasil Republica), a nova constituição republicana, defendia os princípios de liberdade, igualdade e justiça e além de garantir o sufrágio direto, abolindo a exigência de renda com critério de exercício do direito político, para eleição de senadores, presidente e vice e deputados, mas tal garantia não era universal e excluía as mulheres, a população em situação de rua e os analfabetos (VILLA, 2011).

Em 1930 surge uma nova revolução que acabou por violar diversos Direitos Humanos. O poder legislativo composto pelo Congresso Nacional e pelas Câmaras Municipais foram diluídos, o poder judiciário perdeu suas garantias e o habeas corpus não podia ser impetrado em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns. Essas atitudes culminaram na Revolução Constitucionalista de 1932 que trouxe um governo provisório que nomeou uma comissão para elaborar um novo projeto de Constituição, no entanto a participação popular foi restrita devido a censura à imprensa vigente a época. (VILLA, 2011).

No entanto, apesar da censura, a Constituição que foi promulgada em 1934 (Segunda República) trouxe algumas regras liberais que determinava que a lei não poderia violar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, além da vedação da pena em caráter perpétuo, da prisão por dívidas, multas ou custas. Essa constituição criou a assistência judiciaria gratuita para os necessitados e instituiu a obrigatoriedade de comunicação imediata de qualquer prisão ou detenção ao juiz competente para que a relaxasse, caso ilegal, responsabilizaria a autoridade coatora, além de várias outras franquias estabelecidas (VILLA, 2011).

Além de todas as garantias individuais que veio com o advento da Constituição de 1934, ela inovou ao ditar normas que protegeria o trabalhador. Tais normas proibiam a diferença salarial para um igual trabalho, devido à idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; proibia o trabalho aos menores de 16 anos e o trabalho insalubre aos menores de 18 anos e para as mulheres; determinava o pagamento mínimo de um salário mínimo capaz de suprir o mínimo existencial, o repouso semanal remunerado e a limitação das horas diárias trabalhadas que poderiam ser prolongadas se houvesse determinação legal. Esse período de inovação de direitos

teve uma vigência de três anos, pois terminou com o início do Estado Novo no ano de 1937, período marcado por uma grande ausência de Direitos Humanos (VILLA, 2011).

O Estado Novo por aproximadamente oito anos e tinha como principal figura política o presidente Getúlio Vargas. Esse período resultou em diversos obstáculos para o desenvolvimento dos Direitos Humanos, houve o fechamento do Congresso e como consequência a proibição do funcionamento de vários partidos políticos, ou seja, a liberdade política e a imposição de mecanismos de controle da sociedade foram suspensas. Esse novo início foi marcado pela nova Constituição que passou a vigorar em 1937 que era regada por influências nazistas e autoritárias. Esse ponto da história trouxe a polêmica criação dos tribunais de exceção de tinham competência para julgar a segurança do Estado e com isso o governo assumia o pleno poder sobre o judiciário nomeando diversos interventores nos Estados federativos. (PIOVESAN 2012).

Assim, os direitos fundamentais foram esquecidos e censurados. As mudanças passaram a ocorrer apenas no ano de 1946 quando chega o fim do Estado Novo e uma nova constituição para a vigorar, essa constituição restabeleceu os direitos e as garantias individuais, além de ampliá-los. No entanto, a violação de direitos para a ressurgir em 1964, com a criação do Regime Militar. Apenas em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, foi que de fato aconteceu a constitucionalização no Brasil. Conforme leciona Flávia Piovesan e Bobbio, os Direitos Humanos são concebidos como unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam, logo o problema não é fundamentar, mas protegê-lo. . (PIOVESAN 2012).

Esse entendimento é condizente com a constituição brasileira, uma vez que ela é a unidade que privilegia determinados valores sociais, ou seja, elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. O valor da dignidade humana compõe a norma constitucional de 1988 o que lhe concede um caráter particular. É, portanto, um marco jurídico de transição ao regime da democracia brasileira que alargou significantemente o campo dos direitos e garantias fundamentais colocando-se como constituição destaque entre várias no mundo no que diz respeito a matéria analisada. Logo, a constitucionalização dos Direitos Humanos no Brasil além de positivar de modo formal os direitos no ordenamento jurídico pátrio, previu, ainda, valores éticos, propósitos e princípios no texto constitucional e sobretudo o princípio da dignidade humana. (PIOVESAN, 2012).

Ressalta-se ainda que a carta de 1988 é a primeira Constituição a elencar o princípio da prevalência dos Direitos Humanos, como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais. Assim, entendemos que ao consagrar um universo de princípios, a Constituição

brasileira fixa valores e orienta a agenda internacional do Brasil cumprindo a relação que os países devem ter em respeito aos Direitos Humanos. Contudo, a partir do momento em que o país se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos Direitos Humanos, está, portanto, ao mesmo temo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos a noção da soberania estatal. (PIOVESAN 2012).

Nesse sentido, o Brasil reforça a união entre os Estados em prol dos Direitos Humanos quando não excluem os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou tratados internacionais em a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º). Ao efetuar a incorporação, a carta constitucional brasileira atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. (PIOVESAN 2012).

O Brasil afirma seu interesse internacional quando se torna signatário dos mais importante documentos internacionais que versam sobre Direitos Humanos atrelados a ONU e a Organização dos Estados Americanos (OEA) entre eles se destacam o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, ressalta-se, que, o país não fez qualquer reserva quanto a aplicação das normas contidas nesses tratados.

Além da assinatura dos tratados, o país se destaca, ainda, pelo importante papel na formulação e realização da Conferência Mundial de Direitos Humanos, ocorrida em Viena em 1993, ocasião que presidiu o comitê de redação da Declaração e do Programa de Ação, adotada consensualmente pela conferência em 25 de junho de 1993. Em 1996, assumiu a presidência da 52ª Reunião da Comissão de Direitos Humanos da ONU. (PIOVESAN, 2012).

2 POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA: A ABORDAGEM BRASILEIRA E A EXPERIÊNCIA DO DISTRITO FEDERAL

Foram muitas as lutas em busca de uma igualdade de direitos. Durante séculos várias declarações de direitos foram construídas em busca da "Era de Direitos" que acarretaria a efetivação das igualdades sociais. No entanto, mesmo com o reconhecimento dos Direitos Humanos básicos por meio dos discursos e documentos proclamados em sua defesa, seus valores e princípios não se efetivaram de forma plena. Esse descompasso, que abarca a teoria e a prática, ocorre com as preocupações cotidianas que envolvem um mundo globalizado.

Nos últimos anos, a globalização e o avanço tecnológico, que atingem, consideravelmente, as sociedades contemporâneas, têm causado consequências negativas que impactam na efetivação das igualdades sociais e das garantias sociais em grande parte da população. Essa constatação se faz presente desde o início do século XX, pois é possível analisar que ao longo de vários anos, que a sociedade não teve a capacidade de construir um acordo de melhorias sociais. Isso ocorre devido o pensamento globalizado e do processo econômico vigente que predomina na civilização, trata-se, portanto, de um sentimento individualista que gera a desigual distribuição de bens sociais, a discriminação que atinge a classe mais pobres e as incertezas de melhoria de vida.

Conforme leciona Bauman, com os avanços econômicos e tecnológicos que ocorrem desde os últimos trintas anos já não havia tanta preocupação com a ampliação dos empregos, uma vez que a tecnologia e o consequente ganhos financeiros culminaram na queda da força de trabalho e com isso a flexibilização das relações de emprego se tornou um progresso e não um problema. Essa falta de emprego e a consequente desestabilização da condição salarial, causa nos indivíduos a falta de planejamento e das esperanças para uma vida futura. (BAUMAN, 1997).

Assim, a sociedade fica diante de uma exclusão social que atinge grupos específicos, uma vez que a exclusão é resultado da discriminação progressiva das proteções ligadas as relações do trabalho. Nesse contexto, evidencia-se que existe um processo em todo o globo que diminui o estado social o que se torna causa mais efetiva em países que possuem alto índice de desigualdade social advindas da grande diferença nas condições de vida da população. A diminuição do estado social gera graves resultados que afetam de modo direto a dignidade da pessoa humana como, por exemplo, a extrema pobreza que em sua maioria das vezes obrigam os indivíduos a viverem em situação de rua. (BAUMAN, 1997).

2.1 Contextualização e Caracterização

2.1.1 Contexto da situação de rua na história e os avanços das políticas para o seu atendimento no Brasil

Assim como em diversos países, a realidade brasileira está relacionada à uma fragmentação mundial. O Brasil adota um modelo de economia solidária, ou seja, uma economia pautada em um conjunto de atividades econômicas que por vezes impõe equilíbrio e freio a subjugações dos povos pelo poder econômico. Os brasileiros estão diante de um modelo de difícil mudança social. O país passou por governos que implantaram políticas sociais com a finalidade de diminuir as igualdades, no entanto as ações foram pautadas em casos isolados e, portanto, não trouxeram, resultados positivos que mudassem a realidade vivida pela população.

O que vigora na sociedade é a lei da procura e da oferta que tem como o pilar da economia, o consumismo. Diante da realidade atual, constata-se que a preocupação estatal é com a economia e com quem pode contribuir para o seu crescimento, assim aqueles que não estão aptos para enriquecer o consumo são vistos como os que sobram ou os aqueles que são invisíveis aos olhos de uma sociedade econômica e individualista. Nesse contexto, temos inserida a população que vive em situação de rua. (SANTOS, 2011).

Conforme definição da Secretária Nacional de Assistencial social, trata-se de um grupo populacional heterogêneo que tem uma composição de pessoas com realidades distintas, mas que têm em comum a condição de extrema pobreza ou pobreza absoluta e a ausência de pertencimento à sociedade formal. Trata-se, portanto, de mulheres, jovens, homens, grupos, famílias que possuem em seu trajeto de vida a referência de atividades laborais realizadas ao longo de suas vidas que tiveram uma incidência importante para a constituição de suas identidades. (SANTOS, 2011).

De acordo com os estudos realizados pela secretária, essas pessoas procuram as ruas devido à quebra de vínculos que elas tiveram de enfrentar, situações como a perda do emprego, a falta de habitação, o rompimento de algum laço afetivo entre outros fatores que suspendem o projeto de vida e condicionam a rua como sobrevivência e moradia. Cabe salientar que essas situações enfrentadas por pessoas que por fim procuram as ruas como moradia não é algo atual. Conforme leciona Simões Júnior, o fenômeno população de rua tem registros de sua existência desde a antiguidade vivendo em situação de mendicância extrema. (JUNIOR, 1992).

O autor descreve, ainda, que na época do Império Romano já se via uma civilização grega habitando as ruas; durante a Idade Média se tem relatos de que viver na rua era confundido

com profissão, por sua vez, na Era Industrial, havia uma certa repressão quanto a expansão da cultura de atividades ligadas à vadiagem e à mendicância (JUNIOR, 1992).

No Brasil, não há origens documentadas de fatos históricos que relatam dados marcantes sobre a história da situação de rua nos primórdios da sociedade brasileira como apontam Silva e Frangella em um contexto mundial, mas a escravidão vivida por anos no país demonstra o desinteresse dos governantes perante a classes que viviam sobre extrema pobreza. Assim, nota-se que o desinteresse do Estado e da Sociedade perante a população de rua não está pautada apenas em uma sociedade economista, pois conforme demonstra as estatísticas realizadas por órgãos estatais e relatos históricos, há uma contradição a respeito da opinião pública que as vezes tratam o tema com assistencialismo e por outras vezes com repressão, medo, preconceito e indiferença. (FRANGELLA, 2004).

Por durante anos o Poder público não via como sua responsabilidade a proteção de direitos dos necessitados e cabia as primeiras damas, as igrejas e demais casas de caridade prestar o que se chamou de assistencialismo, ou seja, uma ação estratégica que oferecia ajuda de modo pontual e momentâneo as camadas sociais mais desfavorecidas e marginalizadas. Assim, a repressão sofrida por essa classe se justificava na busca por higienização das cidades e da segregação social, pois eram tidos como marginais e, portanto, fora da linha de responsabilidade estatal (FRANGELLA, 2004).

Esse contexto no Brasil passa a ter mudanças a partir do final da década de 80, momento em que o país inicia lentamente pela transição do assistencialismo para a efetivação no campo dos Direitos Sociais respeitando a democracia humana, conforme as normas constituídas na Constituição Federal de 1988. A carta constitucional se torna uma força impulsionadora para as políticas públicas sociais, direcionada, também, para a população em situação de rua. Nesse sentido expressa os artigos 5º e 6º da Constituição Federal de 1988 que garante aos indivíduos, sem discriminação, os direitos e garantias fundamentais e sociais. Nesse contexto, nota-se que a atenção do Estado para esse grupo populacional no país é recente e tem ocorrido devido as lutas sociais dos últimos anos.

Com o advento da Constituição Federal e com a criação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que regulamentou os artigos 203 e 204 da Constituição Federal, a assistência social passa a ser de responsabilidade do Estado tornando-se uma política pública e não uma prática de assistencialismo, pois garantir o mínimo existencial é um direito do indivíduo e dever do Estado. No decorrer dos anos, a sociedade civil e os Estados adotaram medidas e normas na busca pela defesa dos direitos dessa população (SPOSATI, 2012).

Diversas normas com o objetivo de implementar políticas públicas que favorecem a pessoa em situação de rua foram implementadas. Em meados dos anos de 1990, surgiram manifestações positivas que contribuíram para construções importantes na luta pelos direitos das pessoas em situação de rua, assim surgiu o Fórum Nacional de Estudos sobre População de Rua, em 1993, e, mais tarde, em 1995 com o grito dos excluídos, os seminários nacionais e ainda a realização do 1º Congresso Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis. A Marcha do Povo da Rua ocorreu no início do século XXI no ano de 2001. No ano de 2004, foi aprovada a Política Nacional de Assistência Social (Resolução CNAS nº 145, de 15 de outubro de 2004), que atribui à Proteção Social Especial ao atendimento da população em situação de rua (BRASIL, SDH, 2013).

O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome Nacional, que atualmente é uma secretária que faz parte do Ministério da cidadania, firmou, ainda em 2004, um Convênio de Cooperação Técnico-Científica e Financeira com a Organização Não Governamental do Auxílio-Fraterno – OAF/SP, que objetivava fortalecer por meio de capacitação para o fortalecimento do Movimento Nacional da População de Rua (SDH, 2013). No ano de 2005, é constituído o Movimento Nacional da População de Rua (MNPR) apoiado pelo Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis.

Foi um movimento que deu início devido a protestos e cobranças feitas após o acontecimento trágico em 2004 no centro de São Paulo em que cerca de quinze pessoas em situação de rua sofreram violência e outras sete morreram. Ainda em consequência desta tragédia, no ano de 2005 aconteceu a realização do I Encontro Nacional de População em Situação de Rua, um encontro que propicia o início da formulação da Política Nacional para a População em Situação de Rua, além de dados para o texto da Lei nº 11.258, de 30 de dezembro de 2005, que altera a LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social) e inclui atendimento especializado para a população em situação de rua (COSTA, 2007; FERRO, 2012).

Entre os anos de 2005 a 2008 o MDS assinou Portarias relevantes, todas com o objetivo de contribuir com a política pública para a população em situação de rua. Elas antecederam a criação do documento em 2008, da Política Nacional Para Inclusão Social Da População Em Situação De Rua. Mais precisamente nos anos 2007 e 2008, realizou-se a Pesquisa Nacional sobre População em Situação de Rua. Em 2009 foi realizado II Encontro Nacional sobre População em Situação de Rua18, que segundo SDH, 2013 como leciona (FERRO, 2012), foi proporcionado pelo resultado da pesquisa e debate da sociedade civil no percurso de cinco anos. Foi um encontro que resultou no Decreto nº 7.053 de 23 /12/ 2009.

Ainda no decorrer do ano de 2009 teve aprovação da Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009, pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) que proporcionou serviços específicos para a população em situação de rua. Em 2010 juntamente com a UNESCO, o MDS, com a finalidade de formação, organização e articulação da população em situação de rua, firmou parceria que contribuiria para a consolidação do MNPR (Movimento Nacional da População de Rua). Nesse mesmo ano até o ano de 2012 foram criados outros documentos importantes para a população em situação de rua.

E por fim, ainda no ano de 2010 foi criado um formulário para cadastrar as pessoas em situação de rua e uma cartilha na qual trata sobre a Inclusão das Pessoas em Situação de Rua no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal. No ano de 2011 temos que ressaltar que o MDS formula a Série "SUAS e População em Situação de Rua". Mesmo com tantas evoluções, consta-se que nos últimos anos há poucas concretizações das políticas públicas destinadas a essa população.

Desse modo, os municípios brasileiros, apesar de demonstrar experiências positivas nesse contexto tem uma limitação devido à crescente demanda, as áreas voltadas a saúde e a segurança pública atuam de forma moderada, uma vez que falta projetos urbanos, equipamentos e pessoal para suprir as necessidades. Não obstante os obstáculos enfrentados pelo Estado, a sociedade ainda se mostra preconceituosa perante as pessoas que vivem nas ruas. A segregação e a violência em geral ainda são noticiadas como índices altos no Brasil.

Uma pesquisa realizada pela Agência Senado federal, aponta que os levantamentos estatísticos de todas essas informações no Brasil são esporádicos e poucos localizados. Isso acontece, pois, conforme menciona o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), o fato de o morador de rua, como é conhecido vulgarmente, não fixar residência dificulta a contagem e classificação dessas pessoas, logo essa ausência de averiguações confiáveis que indicariam quantos vivem nessa situação e como vivem esses brasileiros, acaba tornando ainda mais difícil a implementação de medidas cabíveis e com isso a efetivação a plena cidadania.

Um estudo realizado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) no ano de 2016 revelou cerca de 102 mil pessoas em situação de rua, mas estima-se que esse número é ainda maior, uma vez que a pesquisa foi realizada por meio de dados registrados nas secretarias de assistência social que oferecem serviços a essa população nos centros de assistência, logo não foi feita uma busca precisa daqueles que estão nas ruas e não possuem registros nesses centros. O que se teme é que esse número possa crescer ainda mais devido a reforma da trabalhista e da anunciada reforma da previdência (SENADO, especial cidadania 2019).

De um modo geral as pessoas que estão em situação de rua, apresentam-se com vestimentas sujas, quase sempre descalças, com mal cheiro descrevendo uma situação de como é viver em condições de moradia na rua. Além disso, conforme dispõe a pesquisa realizada pela Agência do Senado, os personagens da rua estão lá por perda de vínculos familiares que decorre do desemprego, da violência, da perda de um ente querido, da perda autoestima, alcoolismo, drogadição, doenças mentais e outros fatores. Apesar de não termos dados atuais, o Ministério do Desenvolvimento Social, atual Ministério da Cidadania, realizou uma pesquisa entre 2007 e 2008 que contextualiza a pessoa em situação de rua no Brasil.

Ao todo foram avaliadas um público com maiores de 18 anos em 71 cidades, sendo 48 municípios composto por mais de 300 mil habitantes e 23 capitais. A pesquisa estimou cerca de 31,9 mil adultos vivendo em situação de rua. Somando-se a pesquisas realizadas por fora em São Paulo, Belo Horizonte e Recife, o número ampliou para 44 mil. Assim, foi possível traçar um perfil da população de rua considerando a idade, gênero, cor da pele, formação escolar e os motivos da ida para a rua. A pesquisa constatou que 69,6% deles dormem na rua, 22,1% em albergues e 8,3% alternam entre a rua e os albergues. Referente à alimentação, 79,6% conseguem fazer pelo menos uma refeição por dia, no entanto apenas 27,4% compram comida com o próprio dinheiro (SENADO, especial cidadania 2019).

Nota-se que em poucos anos foram lançadas no cenário político brasileiro diversas políticas, leis, portarias e resoluções com o tema da garantia de direitos para a população em situação de rua, que ganharam maior visibilidade no país. No entanto, o número de pessoas em situação de rua que procuram assistência tem crescido, falta de emprego e habitação entre outros fatores contribuem para a procura por abrigo nas ruas. São informações que concretizam que a violação dos Direitos Humanos permanece.

2.1.2 A extrema pobreza e a pessoa de rua no DF: Uma atenção necessária

Antes de abordar as características e vivências das pessoas que vivem em situação de rua na capital do país, é necessário apontar alguns aspectos históricos e atuais do Distrito Federal.

No dia 21 de abril de 1960, Brasília é inaugurada por Juscelino Kubitscheck de Oliveira, o presidente do Brasil na época, com o objetivo de levar a capital do país para a região central. A capital é composta por suas 34 regiões administrativas que formam o Distrito Federal, atualmente, conforme dados levantados pelo IBGE em agosto de 2019, possui uma população estimada em 3,015 milhões de habitantes uma alta maior que a média nacional. Ademais, as

pesquisas realizadas pelo instituto ainda apontam que a cidade continua com o maior PIB (Produto Interno Bruto) do Brasil e atingiu R$ 79.099,77 um valor que é 2,6 vezes maior que o nacional que apresenta um valor de R$ 30.411 (IBGE cidades, 2019).

A capital foi projetada por meio do projeto urbanístico de Lúcio Costa e arquitetura de Oscar Niemeyer, Brasília teve sua construção efetivada por milhares de brasileiros e dessa forma, Brasília é formada por pessoas de diversos lugares, de todas as idades e de várias gerações, devido ao seu rápido crescimento é a quarta cidade mais populosa do País e tem como maioria dos moradores a classe feminina estimada em 52% e com média de 30 anos de idade (IBGE). A construção de Brasília atraiu os primeiros habitantes da cidade devido ao alto número de empregos gerados na construção civil e assim essas pessoas construíram a cidade e criaram suas famílias. Atualmente, a capital ainda atrai muitas pessoas devido as oportunidades de trabalho que atinge principalmente o setor público. Brasília, ainda, se caracteriza por ter um polo econômico em uma cidade atípica e diversificada (GDF, site 2019).

Apesar do grande desenvolvimento construído ao longo dos últimos anos, Brasília é marcada pela alta pobreza, esse contraste é facilmente visualizado quando se compara a realidade vivida entre o chamado Plano Piloto de Brasília e as regiões administrativas que formam o Distrito Federal. De um modo geral, o IBGE aponta que no Brasil o grupo dos 10% mais ricos concentram 43,1% da renda do país e por outro lado, a parcela dos 40% mais pobres teve um rendimento médio de apenas R$ 376, ou seja, a cada ano aumenta o número de brasileiros em situação de pobreza. A pesquisa aponta que o Brasil tem 54,8 milhões de pessoas vivendo com uma renda mensal aproximada de R$ 406,00 ou menos e faltam pesquisas consistentes quanto a população que não tem lar.

A realidade do Distrito Federal, com base nas pesquisas, lidera a desigualdade social em comparação a outras capitais do Brasil. O IBGE aponta que, levando em consideração as 27 unidades da Federação estima-se que 13 tiveram um índice abaixo da média Nacional e 13 acima. O Estado de Roraima, teve, unicamente, o índice igual ao do país que é de 3,51. Santa Catarina é o Estado com a menor diferença na concentração de renda, assim o Estado apresenta que os 10% mais ricos tinha um rendimento médio de 2,1 vezes maior que dos 40% mais pobres. O Distrito Federal, por sua vez, liderava o ranking da desigualdade tendo os 10% mais ricos, situados na região central, com rendimentos de 5,5 vezes maior que dos 40% mais pobres situados nas demais regiões administrativas (IBGE cidades 2018; 2019).

O índice da extrema pobreza no Distrito Federal atinge cerca de 67 mil famílias, conforme os estudos realizados pelo Ministério da do Desenvolvimento Social e apontam que o maior índice se concentra nas regiões administrativas de Ceilândia, Samambaia, Taguatinga,

Planaltina e Santa Maria. O alto índice de pobreza nos leva a ter uma atenção necessária, pois daí aumentam o índice de pessoas que procuram a rua como moradia e sustento.

Uma pesquisa realizada pela Secretaria de Desenvolvimento Social do DF aponta que a capital tem 3 mil pessoas que estão em situação de rua, sendo que a maior incidência se encontra nas regiões do Gama, Ceilândia, Taguatinga e Brasília, no entanto o número pode ser ainda maior, uma vez que a Secretaria considera somente aqueles que já possuem cadastro ou passaram pelas unidades de acolhimento do Governo distrital em busca de amparo.

O tema situação de rua ainda é muito esquecido pelo Estado, no Distrito Federal o tema voltou à tona depois de um fato ocorrido em que causou a morte de um Estudante por dois moradores de rua. O que as entidades de acolhimento vêm defendendo é que falta mais atenção tanto da comunidade como do Estado e não se pode chegar ao extremo para resolver a questão. A falta de efetivação dos serviços sociais, assim como habitação, emprego, educação são fatores que elevam o crescimento da população que busca as ruas do DF como moradia.

A Secretaria de Desenvolvimento Social do DF tem a missão de tentar diminuir o índice de pessoas que usam os espaços públicos da capital como moradia. O serviço da secretaria não se trata de uma ação que vá retirar as pessoas das ruas ou até mesmo usar forças coercitivas para tanto, mas é uma porta de entrada para a aplicação das políticas de assistência social. É importante entender que a questão é social e não de segurança pública, logo está em situação de rua não é um crime. A tratativa que se deve aplicar é de acolhimento para que as pessoas que vivem nesta situação possam voltar ao convívio social (SEDES DF, 2019, on-line).

2.1.3 Os invisíveis dos invisíveis: As dificuldades diárias enfrentadas pelas mulheres em situação de rua em um contexto geral

Como bem vimos, não existem dados uniformes e atualizados quanto a quantidade da população que vive em situação de rua no Brasil. Os estados computam os dados de modo distintos e conforme a sua política de acolhimento. A análise a seguir abordará o quantitativo aproximado de mulheres que estão nessa situação e as dificuldades que elas passam por ser mulher.

Conforme dados colhidos pelo PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de domicílios Contínua) em 2018, o número de mulheres no Brasil é superior ao número de homens. Estima-se que a população brasileira é composta por 48,3% de homens e 51,7% de mulheres. No entanto, as mulheres que estão em situação de rua são minoria e compõem aproximadamente 20% da população de rua, elas têm em média 39 anos e pelo menos um filho. Apesar do número

ser pequeno as dificuldades enfrentadas pelas mulheres que vivem nas ruas do DF e do Brasil são gigantescas, uma vez que a falta de infraestrutura vivenciadas nas ruas prejudicam as mulheres em suas necessidades básicas, principalmente aquelas peculiares ao universo feminino. (PNAD, 2018).

Assim como as histórias dos homens, as histórias individuais e distintas dessas mulheres relatam as ineficazes políticas de habitação, educação, saúde, emprego, assistência social e segurança no cotidiano de diversas cidades brasileiras. A mulher sempre enfrentou uma trajetória de luta por direitos carregada de obstáculos e preconceitos. Mesmo com a criação, pelo Governo Brasileiro, da Política Nacional para População em Situação de Rua em 2009, não se nota a visibilidade para mulher que está nessa situação, ela se torna invisível dentro do invisível. Uma reportagem trazida pelas jornalistas, Mariana Moreira e Yzadora Monteiro, para o site https://azmina.com.br/especiais/eu-moro-na-luta, relata a história de um grupo de mulheres que vivem nas ruas de diversos Estados brasileiros.

Conforme o trabalho realizado, dentre as mais difíceis situações que se elas encontram nas ruas destacam-se a violência sexual, o consumo de drogas, a saúde íntima e as dificuldades com a assistência social e médica. As mulheres relatam que a vida nas ruas se mostra cansativa, pois é preciso levantar-se cedo em busca de um melhor lugar para permanecer, de algum alimento e até mesmo de uma roupa limpa. Além da impossibilidade de repouso a higienização se torna difícil principalmente no período menstrual que elas enfrentam mês a mês. Outra preocupação enfrentada é o medo quanto a vulnerabilidade, à violência física, sexual e o convívio com as drogas, pois segundo os relatos não se sabe o que pode acontecer durante uma noite de sono, tendo em vista que as brigas e o uso de drogas são frequentes o que altera o ânimo que habita nessa situação (AZMINA, 2018).

A luta por garantias de Direito Humanos nos fez entender que a assistência, assim como a saúde, segurança e outros direitos que garantam a dignidade humana é direito do cidadão e dever do Estado como bem já salientado e não uma política de assistencialismo ou caridade. Essa afirmativa se faz presente na Política Nacional de Assistência, dessa forma a assistência acolhedora que se faz por meio de órgão públicos deve funcionar e garantir a finalidade de acolher e garantir a proteção integral à população que vive em situação de extrema vulnerabilidade social decorrente da ausência de garantias de direitos básicos a sobrevivência.

A ausência de proteção do Estado tem feito com que as mulheres de rua busquem uma parceria de proteção com os homens, uma vez que são fisicamente superiores a elas. O homem é naturalmente social, conforme nos mostra as raízes de construções sociais e culturais históricas que estabelecem esse padrão de conduta o que pode ser um problema para as

mulheres que estão nas ruas. O índice de violência contra a mulher tem aumentado drasticamente no Brasil e com a mulher que vive em situação de rua não é diferente.

A proteção e submissão que a mulher de rua confere ao seu parceiro também de rua pode lhe trazer riscos assim como traz para uma mulher que não vive na mesma situação, a diferença, portanto, é que fica mais difícil a intervenção dessa violência que muitas vezes é tida como briga de mendigos e não como algo sério que pode acarretar na morte dessa mulher.

2.2 A Rede dos serviços assistenciais no DF

2.2.1 A Assistência Social

Por muitos anos no Brasil a questão da pobreza não era tida como questão de política social e o tema era tratado pelas instituições de caridade ou religiosas. A assistência social ganha repercussão no país apenas com a Constituição de 1988 que a trouxe como integrante do tripé da assistência social qual seja a saúde, a previdência social e a assistência social. Conforme prevê a Constituição Federal a assistência social é não contributiva e o Estado deve garantir a todos que dela necessitar, ou seja, a assistência social não elenca a classe que vai beneficiar, mas quem dela necessitar.

A assistência social é programática e funciona de forma descentralizada, pois engloba a participação de vários órgãos, sociedade civil, setores e comunidade em geral. A PNAS (Política Nacional de Assistência Social) é um documento que fortalece as pretensões contidas na Constituição Federal e dita atribuições, objetivos, diretrizes, princípios, usuários e as proteções elencadas pela política pública de assistência social. Nesse sentido, a PNAS elenca quatro diretrizes com base na Constituição Federal a saber: a descentralização administrativa, a participação da população, a primazia da responsabilidade do Estado e a centralidade na família.

A descentralização administrativa tem como foco a participação dos Estados e Municípios no qual a União é responsável por coordenar a execução dos programas que deverão ser efetivados por todos. A população terá sua participação por meio das instâncias de controle social. O Estado, por sua vez, é o responsável por conduzir a Política de Assistência Social nas três esferas de governo, e, por fim, a centralidade na família para se obter a concepção e implementação dos benefícios, serviços, programas e projetos Ademais, o PNAS apresenta, ainda, as seguranças sociais de acolhida, convívio ou vivência familiar e sobrevivência quais sejam o rendimento e a autonomia, uma vez que a assistência social busca promover a

autoconfiança para que o vulnerável possa se reerguer e manter sua própria qualidade de vida (PNAS, 2005).

Para um eficaz resultado, a assistência social é organizada em níveis de complexidade para o atendimento conforme as vulnerabilidades de cada indivíduo. A assistência social busca atender aquele sujeito que está em vulnerabilidade e riscos sociais tais como: fragilidade ou quebra de vínculos familiares; grupos específicos que sofrem preconceitos, violência familiar, uso de substâncias psicoativas, desemprego, exclusão social pela extrema pobreza e outras dificuldades que enfrentam na garantia de políticas públicas.

Assim, foram criados os níveis de proteção social básica e especial que se divide em média e alta complexidade. A proteção básica tem a finalidade de prevenir as situações de risco por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições que se destinam em uma situação em que a vulnerabilidade ataca a pobreza e o acesso precário aos serviços públicos ou que estão fragilizados de vínculos afetivos, ou seja, abarca as discriminações de gênero, identidade, étnicas ou por deficiência. O atendimento a proteção básica é feito por meio dos Centros de Assistência Social (CRAS).

Por outro lado, a proteção social especial, conforme explica a política, é destinada a famílias e indivíduos em situação de risco pessoal ou social em que os seus direitos foram violados ou sofrem ameaças de violação, ou seja, tem um caráter preventivo enquanto a proteção básica um caráter preventivo. As atividades desenvolvidas pela proteção especial são destinadas conforme de acordo com o nível de complexidade, ou seja, média ou alta e conforme a situação vivenciada pela família ou indivíduo (PNAS 2005).

Ressalta-se que na proteção especial o atendimento é realizado pelos Centros de Referência Especializada de Assistência Social (CREAS). Nesse sentido, a população em situação de rua foi inserida como atendimento prioritário por meio da aprovação da Lei nº 11.258, de 30 de dezembro de 2005, que altera a LOAS (Lei Orgânica de Assistência Social) para que essa população tenha atendimento especializado.

Assim, no ano de 2009, foi aprovada no CNAS (Conselho Nacional de Assistência Social) a Resolução nº 109 de novembro de 2009 a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, que regula o serviço especializado para o atendimento da população que vive em situação de rua, desenvolvido pelo Centro POP – Centro de Referência Especializado para a População em Situação de Rua e das equipes de Abordagem Social e Serviços de Acolhimento Institucional ressaltando que esse trabalho atende ao decreto nº 7.053 de 23 de dezembro de 2009, que regulamenta a Política Nacional para população em Situação de Rua.

No Distrito Federal, a política de Assistência Social compete à Subsecretaria de Assistência social, que está contida dentro da Secretaria de Desenvolvimento Social (SEDES) que é responsável pela implementação do SUAS (Sistema Único de Assistência Social), bem como o seu planejamento e avaliação.

Ademais, é responsável ainda por: atuar no planejamento e na coordenação de projetos que visam ao enfrentamento da pobreza, financiar a avaliação e monitorar as ações socioassistenciais e construir os indicadores de desempenho, estabelecer as diretrizes para que possa haver o financiamento de serviços e benefícios socioassistenciais, ter participação ativa quanto a elaboração da proposta orçamentária anual do Fundo de Assistência Social do Distrito Federal, Coordenar e implantar a Política para Inclusão social da Pessoa em Situação de Rua e proceder com as articulações necessárias com parceria dos órgãos governamentais e não governamentais para que ocorra a implantação de serviços do SUAS no Distrito Federal.

Conforme os dados apresentados pela SEDES -DF, os objetivos vêm sendo alcançados, mas conforme o projeto renovando a cidadania uma série de problemas referente à política de assistência social do DF foram listados. Entre eles encontra-se a falta de informação adequada e de qualidade quanto aos direitos, projetos e os programas que beneficiam a população em situação de rua, o quadro de funcionários reduzidos e não capacitados, frequentes denúncias de maus tratos por parte dos servidores públicos, ausência de vagas nas casas de albergue além da falta de segurança no local, a dificuldade na emissão de documentos sociais, a rigidez nos critérios de elegibilidade para aquisição dos programas e benefícios assistenciais entre outros problemas e acarretam na não efetivação da assistência social pelo Estado.

Tendo em vista o estado de vulnerabilidade da pessoa que vive em situação de rua e diante de tais problemas, foi criado o Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política para Inclusão de Pessoas em Situação de Rua do DF e o GDF buscou qualificar as equipes de apoio ao atendimento a essa população, no entanto essas ações não são garantias de atendimento de qualidade sendo necessário a capacitação dos servidores e a ética para com o trabalho em rede. Nesse contexto, serão listados os principais direitos constitucionalmente previstos e o modo de aplicação pelo Governo do Distrito Federal para a efetivação das garantias para a pessoa em situação de rua (SEDES DF, 2019).

2.2.2 Segurança Alimentar

O direito à alimentação é regulado no Brasil por meio da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional – LOSAN (Lei nº 11.346 de 15 de setembro de 2006) que leciona o

direito que todo o cidadão tem quanto a uma alimentação regular, permanente e de qualidade para suprir suas necessidades alimentares essenciais. Ao lado da LOSAN a SAN (Segurança Alimentar e Nutricional) reforça o respeito à diversidade cultural da alimentação, à produção econômica e sustentável prezando o respeito ao meio ambiente.

No Distrito Federal, a SEDES tem feito um trabalho em que organiza e executa programas e as ações que garantam a segurança alimentar e nutricional visando efetivar o direito humano a alimentação adequada. O DF conta com 14 restaurantes comunitários que são equipamentos públicos de segurança alimentar e que oferecem as refeições ao custo de R$ 1,00 (um real) é administrado pela secretária e tem o objetivo de garantir aos trabalhadores de baixa renda e a população de rua o acesso a alimentação de qualidade e saudável, respeitando os hábitos alimentares da região.

Conforme informações da SEDES, todas as refeições são elaboradas por funcionários contratados da rede privada e planejadas e monitoradas por funcionários do GDF, a finalidade é garantir a qualidade da alimentação e evitar os desperdícios dos alimentos.

2.2.3 Transferência de renda

Como alternativa de transferência de renda para famílias pobres ou extremamente pobres, o Governo Federal, com a promulgação da lei 10.836 de 09 de janeiro de 2004, instituiu o Programa Bolsa Família. O programa beneficia famílias que possuem renda entre R$ 85,00 e R$170 por pessoa e tem a finalidade de inseri-las nas políticas de saúde, educação e assistência social para fortalecer o estímulo para que essas pessoas possam superar a extrema pobreza.

Nesse sentido, o Distrito Federal cria por meio a Lei nº 4.601 de 14 de julho de 2011 o Plano pela Superação da Extrema Pobreza – DF Sem Miséria que estabelece ações integradas do Governo com a finalidade de garantir direitos de cidadania e a superação da extrema pobreza no DF, disponibilizando acesso à renda, serviços públicos, projetos de inclusão produtiva e geração de emprego.

O programa busca beneficiar as famílias que recebem o bolsa família e que apresentam, ainda assim, uma renda per capita inferior a R$ 140,00, assim recebem o benefício do GDF até atingirem a renda por pessoa de R$ 140,00. O programa prevê que os valores complementares vão variar conforme a situação da pobreza vivenciada pela família e proporciona aos mais carentes receberem mais complemento do plano DF sem miséria. Assim, o programa proporciona maior proteção a quem mais necessita e eleva as garantias as famílias ao patamar mínimo de dignidade humana (SEDES DF, 2019).

2.2.4 Saúde

O Sistema Único de Saúde (SUS), criado pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelas Leis federais n.º 8080/90 e nº 8.142/90, Leis Orgânicas da Saúde, tem o objetivo de alterar a situação de desigualdade na assistência à saúde da população, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão, de forma não contributiva. Dessa forma, a lei brasileira dispõe que todos têm direito a realizar consultas, exames, internações, acesso a medicamentos e tratamentos nas unidades de Saúde vinculadas ao SUS em todas as esferas, sejam públicas ou privadas contratadas pelo setor público. O SUS é financiado com os recursos arrecadado por meio de impostos e demais contribuições sociais.

Apesar das garantias legais, a população em situação de rua sofre com a ausência de garantias ao direito à saúde. O Projeto Renovando a Cidadania apurou diversas reclamações nesse sentido, segundo o projeto as reclamações relatam a ausência de profissionais capacitados para o atendimento à população de rua no DF, maus tratos e omissões de tratamento e a ausência de endereço fixo e documentação impedem o atendimento. No entanto, atualmente existem equipes que atendem a população de rua por meio dos consultórios de rua que ficam situados nas regiões de Brasília, Taguatinga e Ceilândia. As equipes têm facilitado o acesso dessa população as redes de saúde e a parceria com a SEDES tem cumprido o objetivo da intersetorialidade.

As equipes do Consultório de rua realizam um trabalho de busca ativa, ou seja, vão à procura de pacientes fora do consultório formal e articula parceria com os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), com as unidades básicas de saúde, com os serviços de urgência e emergência e com demais unidade de atenção à saúde. As ações também são articuladas com os demais centros de assistência social e, ainda, com a sociedade civil (GATTI, 2011).

2.2.5 Educação

A Educação é um direito social que todo o cidadão deve ter garantido pelo Estado é nesse aspecto que a constituição Federal de 1988 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos descreve o direito para que o ser humano possa não apenas ter o acesso a diversos conteúdos, mas, também, a oportunidade de socializar, trocar saberes e valorizar conhecimentos adquiridos nas distintas culturas, em diferentes espaços e nas diversas formas mais variadas sobre a ciência.

Por meio da educação entende-se que é possível apresentar e compartilhar interesses mundiais além de despertar a curiosidade desde as coisas mais simples até as mais complexas, logo percebe-se que todos têm o direito a compartilhar as suas descobertas. Assim, é possível verificar um ser humano valorizado, uma vez que compartilhar descobertas construtivas o torna visível e consequentemente sua autoestima se eleva e o torna orgulhoso do seu saber.

Sabemos que a escola não é a única fonte de educação, mas é a clássica instituição das políticas de educação, um lugar que se vive de maneira prazerosa e verdadeira como o local de trocas, de sociabilidade e de desenvolvimento no mundo. No entanto, o Brasil não tem dada a devida atenção a essa instituição, uma vez que a má qualidade do ensino, a desvalorização dos professores sucateia as escolas brasileiras. Diante dessa realidade, temos um cenário em que as classes pobres acabam sendo as mais prejudicadas. Nesse sentido é possível visualizar um contraste daqueles que podem pagar uma educação de qualidade, de uns que consegue com dificuldades frequentar escolas públicas precárias e de outros que estão extremamente distantes de qualquer dessas realidades.

Assim, percebemos que o direito não se efetiva de modo generalizado e para a população que está nas ruas em um grau de invisibilidade extremo esse direito se torna quase impossível de ser adquirido. Essa realidade se dá por diversos fatores, como o preconceito, a falta de documentação e ausência de endereço fixo, além de outras questões que envolvem a baixa autoestima e credibilidade na educação, ou seja, acreditar que ir à escola pode trazer diferenças na realidade vivida.

Uma análise realizada, por meio do Jornal Especial Cidadania do Senado (2019) que tinha como foco tratar o perfil das pessoas que vivem nas ruas, mostrou uma pesquisa realizada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome no ano de 2008 que quanto a formação escolar cerca de 0,7% possuem nível superior completo e incompleto, 17,8% não informou, 3,2% possuem o 2º grau completo, 3,8% possuem o 2º grau incompleto, 10,3% têm o 1º grau completo, 48,4% têm o 1º grau incompleto, 15,1% nunca estudaram 74% sabem ler e escrever e 94% não estudavam a época da pesquisa. Apesar de não termos dados concretos e atuais sobre o tema, salienta-se que esse número tenha crescido nos últimos tempos devido ao crescimento dessa população.

A preocupação com esses números se dá não pelo analfabetismo, mas sim pelo fato do nível de escolaridade está ligado diretamente à distribuição de emprego e renda. Assim, existe a necessidade de o Estado garantir os direitos e melhoras as condições de vida dessa população, por meio das políticas públicas necessárias que possibilitam a inclusão nas instituições educacionais (SENADO FEDERAL especial cidadania 2019).

Com a expectativa de alfabetizar e priorizar a classe que está em extrema pobreza, a Secretária de Estado de Educação do Distrito Federal, firmando parceria dom o programa Brasil alfabetizado, de autoria do Ministério da Educação, lançou o programa DF alfabetizado que tem por finalidade alfabetizar adultos e jovens em diversos locais e não apenas nas escolas, ou seja, a educação pode ser replicada em centros comunitários, praças e outros locais. Além desse programa, existe no DF a Escola Meninos e Meninas do Parque, existente a 18 anos, tem o objetivo de ofertar a escolarização para adolescentes e adultos em situação de rua oferece entre outras matérias, informática, artes plásticas e conteúdos regulares.

Essas ações que objetivam atender a população em situação de rua, alfabetizando aqueles que desejarem para que possam, portanto, ter uma expectativa de vida que abarca o rendimento financeiro e sobretudo à cidadania. São estratégias governamentais que trazem boas expectativas, mas, assim como em várias partes do país, o DF enfrenta dificuldades para se ter bons resultados.

As pesquisas realizadas por meio do Projeto Renovando a cidadania (GATTI, 2011), levantaram as seguintes dificuldades no DF: as pessoas que estão em situação de rua sofrem bastante com a discriminação nas escolas do DF e quase sempre são responsabilizados por ocorrências de furtos e brigas no interior da escola; na grande maioria das vezes, os alunos, pais, funcionários e até mesmo professores e diretores da escola são os responsáveis por discriminar essa população; a dificuldade de ser uma boa higiene pessoal é um fator de segregação nas escolas e, por isso, são impedidos de entrar na instituição de ensino; os docentes, funcionários e diretores das escolas do DF não são capacitados e preparados para acolherem pessoas em situação de rua; as pessoas que estão nas ruas não tem acesso a transporte público, a ausência de moradia regular prejudica no desenvolvimento escolar.

São situações que mostram que a realidade deste grupo social é desconsiderada e por vezes não se tem o devido acompanhamento das políticas aplicadas.

2.2.6 Habitação

A questão habitacional no Brasil se torna urgente a cada dia. A ausência dessa política para a classe pobre e principalmente aquela que está em situação de rua causa um sofrimento constante. Conforme o disposto na Política Nacional de Habitação (2004), a dívida que o país possui referente à habitação é gigantesca. O documenta objetiva diminuir as desigualdades

sociais e a concentração de renda, no entanto não é o que vem ocorrendo e o reflexo disso é uma sociedade brasileira segregada em nossas cidades (PNH, 2019)

O Governo do Distrito Federal, por meio da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano e Habitação (SEDUH), desenvolveu o Plano Distrital de Habitação de Interesse Social (2012) que tem o objetivo de planejar a política pública habitacional do DF de modo a implementar as ações e estratégias do governo para combater a deficiência habitacional do DF com o foco ambiental sustentável. O plano criado serve como base e diretriz para que a Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Habitação (SEDHAB) possa coordenar as ações da política habitacional focada em três eixos: provisão habitacional, regularização e melhorias habitacionais.

Com base nessas diretrizes, o plano insere a população em situação de rua trazendo os dados situacionais dessa população realizada pelo Projeto Renovando a Cidadania em julho de 2011 fazendo uma relação da quantidade de adultos, crianças e adolescentes que estavam em situação de rua na época, bem como as regiões administrativas com mais incidência.

Com o passar dos anos, nota-se que a política encontra dificuldades para sua efetivação, uma vez que a pobreza aumenta cada ano e com ela a situação de rua. Em reportagem cedida ao Jornal de Brasília no ano de 2018, o professor, Carpintero, da Universidade de Brasília (UNB), ao falar sobre o problema da habitação na capital federal relata que construir casas e mais casas não seria a solução para o problema, para ele, o Governo deve atender a essa demanda social por meio de financiamentos governamentais, ou seja, possibilitar financiamentos de baixa renda (PLANDHIS, 2012).

De um modo geral o que pode se perceber diante dos estudos realizados na capital federal quanto a moradia nas ruas é uma triste realidade em que pessoas enfrentam com uma família inteira o convívio com o lixo, debaixo de viadutos e buracos, vivendo diante do medo, das perseguições e violências diversas e sendo invisíveis perante a sociedade e longe da proteção do poder público. De acordo com Gatti, constatou-se que a população de rua sempre esteve ausente diante de da proteção social, não tendo acesso a políticas públicas básicas muitas vezes por desconhecimento ou até mesmo devido ao alto grau de preconceito.

A partir disso buscou-se o estudo específico para que a implementação de direitos pudesse ser efetivada para garantir a melhoria substancial de vida das pessoas em situação de rua da Capital Federal.

3 RESULTADOS DA PESQUISA

Este capítulo busca trazer uma breve análise sobre uma pequena amostragem realizada quanto a vida das pessoas que estão em situação de rua nas ruas do Distrito Federal. É uma forma de saber a verdadeira realidade enfrentada diariamente por essa população. No Brasil, existe uma deficiência governamental quanto a coleta de dados que nos revelam tal realidade, uma vez que o levantamento dessas informações é esporádico e pouco consolidado.

3.1 Coleta de dados

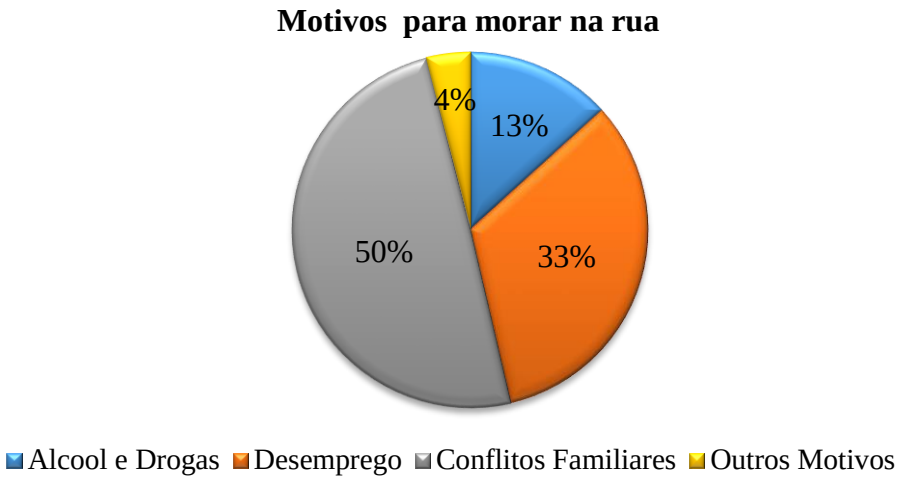
A ferramenta utilizada foi um questionário contendo uma série de perguntas fechadas com o foco de obter informações à cerca do dia a dia dessas pessoas envolvendo questões de sobrevivência diante a extrema pobreza. A abordagem foi realizada aos redores do Centro POP localizado na região administrativa de Taguatinga e nas ruas da região administrativa de Ceilândia, regiões que ficam localizadas, aproximadamente, cerca de 26 km da capital federal, Brasília. A pesquisa contou com um total de 35 pessoas entrevistadas e foi realizada no mês de janeiro do ano de 2020.

3.2 Perfil da população de rua no DF

Como citado anteriormente, a o Decreto nº 7.053, de 2009, que normatiza a Política Nacional para a População em Situação de Rua bem como o seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento traça um perfil da pessoa que está em situação de rua considerando-se tal população como um grupo heterogêneo que possui em comum, por exemplo, a pobreza extrema.

Conforme demonstrado nos gráficos a seguir, para traçar o perfil que vivencia essa situação foi feito um levantamento quanto ao motivo que os levaram escolher a rua como moradia apontando que 56% dos entrevistados foram para as ruas devido aos conflitos familiares, 33% moram nas ruas devido à falta de emprego e consequentemente não possuem condições de pagar aluguel entre outras despesas, 13% procuram as ruas devido ao uso de álcool e outras drogas e 4% apresentam outros motivos ou não querem falar.

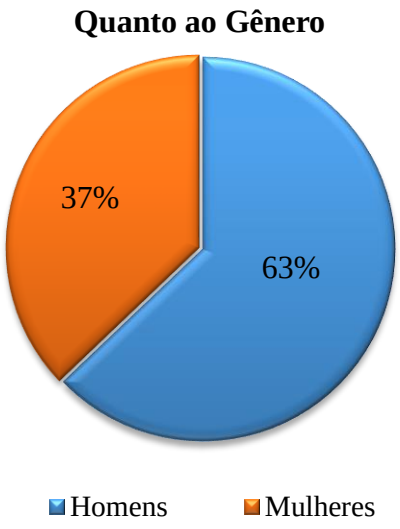
GRÁFICO 1: MOTIVOS PARA MORAR NA RUA



Fonte: pesquisa de campo

A pesquisa abordou, também, a questão de gênero, fator importante que revela as necessidades e dificuldades vivenciadas nas ruas. Foram entrevistados 22 homens (63%) e 13 mulheres (37%). Nesse sentido, destaca-se as mulheres devido às suas necessidades fisiológicas que merecem uma atenção especial.

GRÁFICO 2: GÊNERO

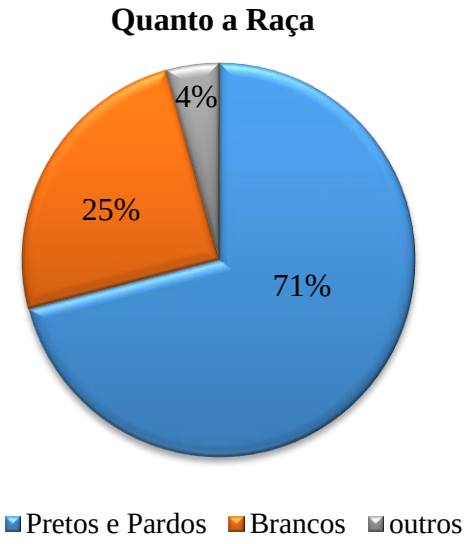


Fonte: pesquisa de campo

Outro fator relevante se diz sobre a raça. Os entrevistados também responderem sobre a qual raça, origem pertencer. Dessa forma, 71% dizem se considerar pretos ou pardos, 25% se consideram brancos e outros 4% não souberam responder ao certo.

Importante ressaltar que, no que se refere a raça, no DF mais da metade da população se declara negra, conformes estudos realizados pela Companhia de Planejamento do DF (Codeplan), dados coletados em 22 de novembro de 2017. No entanto, no que se refere a população de rua que vive no DF, não houve essa coleta de dados, mas com base nos dados coletados nessa pesquisa (71%) e pela pesquisa realizada pela Universidade de Brasília (87,5) são em sua maioria negras. Ressalta-se ainda que uma pesquisa atual, realizada pelo portal G1 na data 11 de maio de 2020, a população negra do DF tem 42% de rendimento menor que da população branca, o que nos leva a perceber que a população negra está mais vulnerável quanto ao enfrentamento da pobreza. <g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/05/11/populacao-negra-no-df-tem-rendimento-42percent-menor-que-branca.ghtml>.

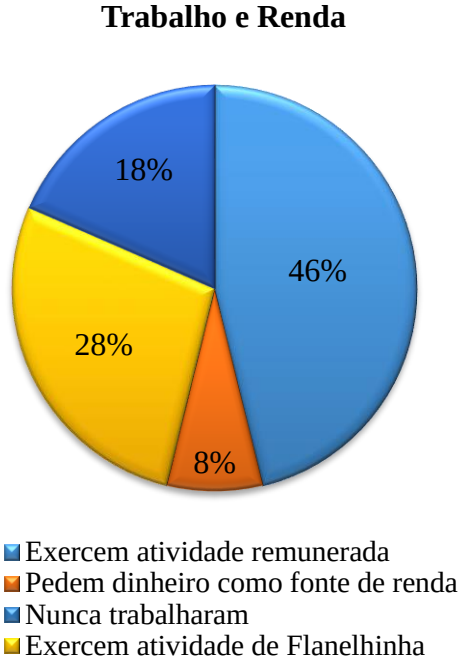
GRÁFICO 3: RAÇA



Fonte: pesquisa de campo

A maneira como quem vive em extrema pobreza também chama atenção, assim é importante saber como essa população sobrevive em meio a tamanha dificuldade. Aqui será abordado, portanto, como e se recebem alguma renda. Assim, 46% informam que exercem alguma atividade remunerada sendo que 28% exercem atividade de flanelhinha, ou seja, são cuidadores de veículos, 18% exercem atividades de catadores o que inclui, latinhas, recicláveis e até mesmo lixo e 8% pedem dinheiro como fonte de renda, alguns em sinais de transito e outros em calçadas ou em outros pontos estratégicos.

GRÁFICO 4: TRABALHO E RENDA

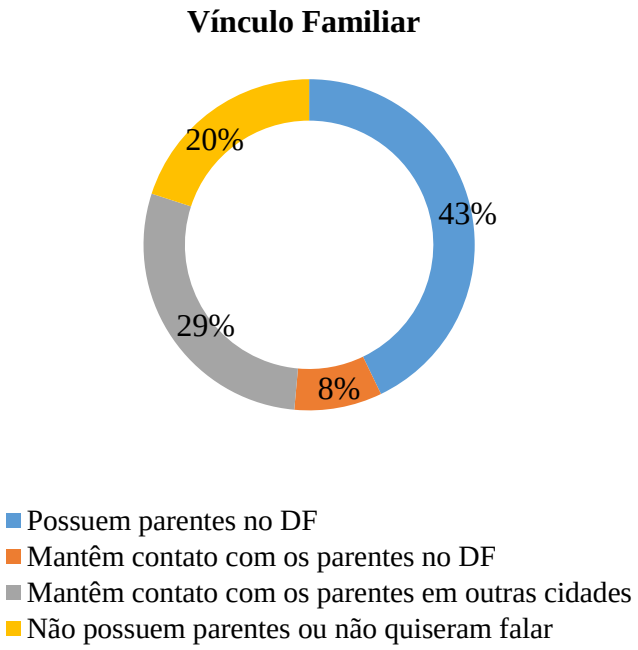


Fonte: pesquisa de campo

No que se refere ao perfil analisado, verifica-se nos últimos gráficos a seguir os vínculos familiares e a formação escolar dos entrevistados. Essa abordagem tem como foco analisar a participação da família, uma vez que a quebra do vínculo familiar se destaca como sendo um dos grandes motivos para ir morar na rua e, ainda, a atuação do Estado quanto a formação acadêmica dessas pessoas. De acordo com a abordagem no que se refere a vínculos familiares 43% possuem parentes no DF enquanto 20% não possuem ou não quiseram falar. Dos que possuem parentes no DF, somente 8% possuem contato com os familiares enquanto que 29 % dos demais possuem contato com familiares que moram em outras cidades.

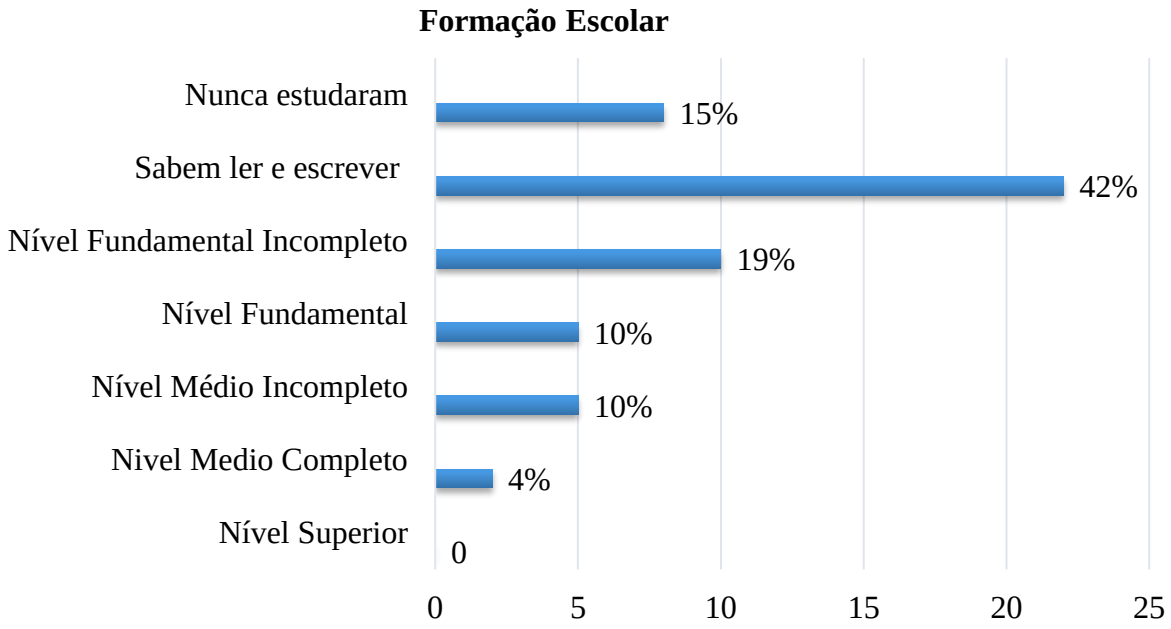
Por fim, quanto a formação escolar 15% afirmam não ter estudado, 42% sabem ler e escrever, 19% possuem nível fundamental incompleto e 10% possuem o nível fundamental completo, 10% possuem o nível médio incompleto e 4% o nível médio completo e quanto a educação superior 0% possui esse grau de escolaridade.

GRÁFICO 5: VÍNCULO FAMILIAR



Fonte: pesquisa de campo

GRÁFICO 6: FORMAÇÃO ESCOLAR



Fonte: pesquisa de campo

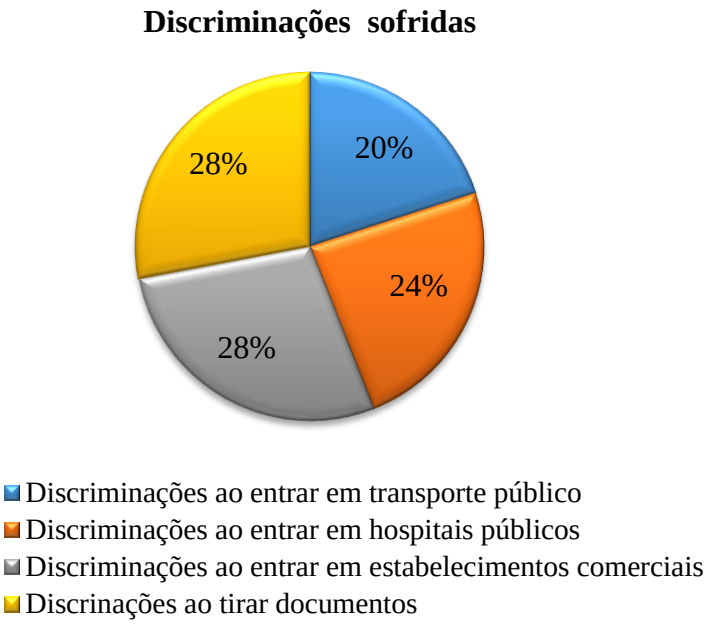
3.3 Discriminações Sofridas

A discriminação é um fato constante na vida das pessoas que estão em situação de rua. A aparência de uma pele mal tratada, o forte odor causando pela ausência de um banho, as

roupas velha e sujas são conceitos algumas das características carregadas por essa população e que por isso, na maioria das vezes, faz surgir o preconceito apenas pela aparência e, portanto, não levando em consideração que ali existe um ser humano que precisa de cuidados e reinserção na sociedade. Assim vive o "morador de rua" em companhia frequente da discriminação pela sociedade.

Nesse contexto, a pesquisa de campo procurou saber quais as principais discriminações sofridas e a importância da implantação de políticas públicas para diminuir os fatores de discriminação. Dessa forma foi questionado aos entrevistados questões relativas a discriminações sofridas em transportes públicos, em rede atendimento à saúde, estabelecimentos comerciais e demais órgãos do DF.

GRÁFICO 7: DISCRIMINAÇÕES SOFRIDAS



Fonte: pesquisa de campo

Todos os entrevistados disseram já ter sofrido algum tipo de discriminação. Em transportes públicos 28% já sofreram discriminações e até mesmo algum tipo de violência verbal ou física, 24% dizem sentir dificuldades em ser atendido em hospitais públicos devido à falta de documento ou até mesmo devido a vestimenta, 28% são impedidos de entrar em estabelecimentos comerciais, pois podem afastar a clientela e 28% diz não conseguir tirar documentos em órgão públicos.

Durante a pesquisa foi possível verificar que a pessoa de rua é vista como uma pessoa que causa problemas, ou seja, na visão da sociedade são pessoas que cometem crimes e viciadas

em drogas fazendo a sociedade crer que todos os que estão nessa situação são pessoas que não merecem a devida atenção da sociedade, para muitos, são pessoas que não tem jeito, ou seja, que não são socialmente resgatáveis. Além disso, a imagem de maltrapilho é o suficiente para que as pessoas sintam medo ou nojo e logo peçam as autoridades pública a remoção dessas pessoas de locais públicos.

Ao contrário do que se possa pensar, a pessoa que vive nas ruas tem conhecimento dos seus direitos, no entanto encontram diversas dificuldades principalmente no que se refere ao acesso público. Um morador explica que para quem tem residência é mais fácil conseguir um emprego, já para quem não tem uma moradia ou vive em albergues e logo não tem como comprovar o endereço, ocorre o que se chama de barreira e as portas da oportunidade se fecham.

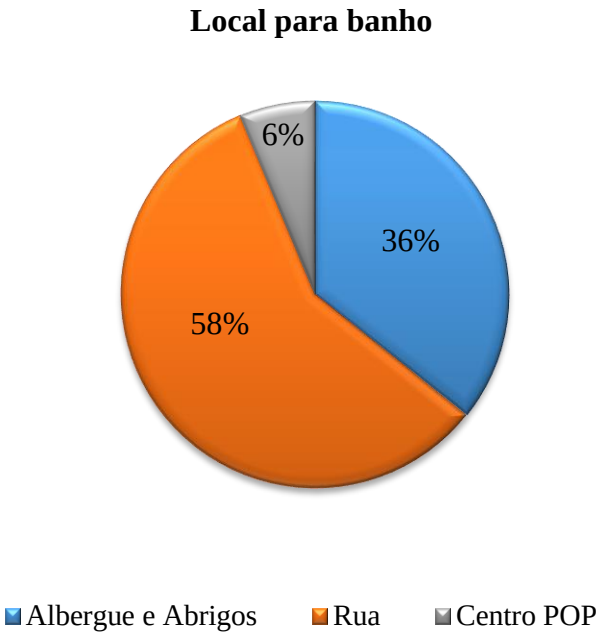
Dessa forma, confirma-se que a sociedade como um todo, ou seja, a família, a sociedade e o Estado fecham os olhos para quem precisa do mínimo para sobreviver, não há empatia, não respeito ao direito do próximo.

3.4 Rotina diária da pessoa em situação de rua

Lidar com o frio, calor, falta de alimentação adequada, falta de banho diário, com a violência e necessidades fisiológicas são algumas das muitas dificuldades enfrentadas diariamente para quem vive nas ruas. Para escapar dos dias chuvosos e de muito calor, muitos dos entrevistados se abrigam em locais próximos a lojas e até mesmo próximos a postos de gasolina. Alguns constroem barracas de papelão ou madeira em lugares que tenham arvores ou até mesmo em locais mais descampados. Quanto a alimentação alguns pedem em restaurantes, casas ou até mesmo quando tem algum dinheiro compram e cozinham como podem, muitas vezes usam do improviso para cozinhar.

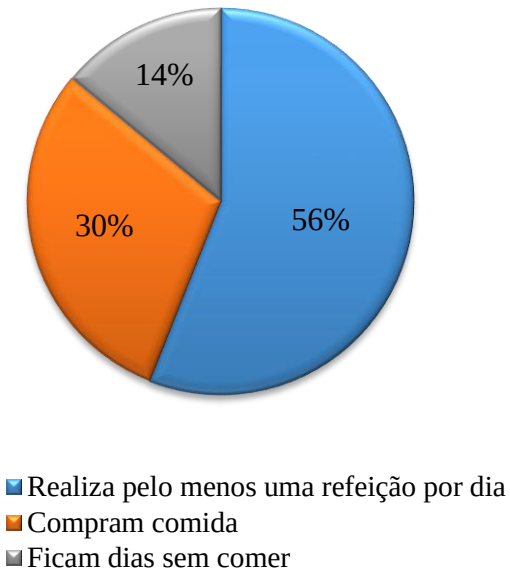
A dificuldade maior relatada pelos entrevistados é no que se refere as necessidades fisiológicas, alguns utilizam o Centro POP ou albergues para realizar determinadas necessidades fisiológicas, outros não, ou seja, utilizam locais pelas ruas para que possam diminuir algumas necessidades. A grande maioria utiliza dos banheiros públicos para realizarem o asseio, é um banho improvisado em que se lava apenas as partes intimas. Conforme os gráficos abaixo, quanto ao local para tomar banho, a pesquisa relata que 58% utilizam meios que encontram na rua para essa higiene, 36% utilizam albergues ou abrigos e 6% utilizam o centro POP. Quanto ao acesso à alimentação 63% realiza pelo menos uma refeição por dia, 34% compram comida e 3% ficam até dias sem se alimentar.

GRÁFICO 8: LOCAL PARA BANHO



Fonte: Pesquisa de campo

GRÁFICO 9: ACESSO À ALIMENTAÇÃO



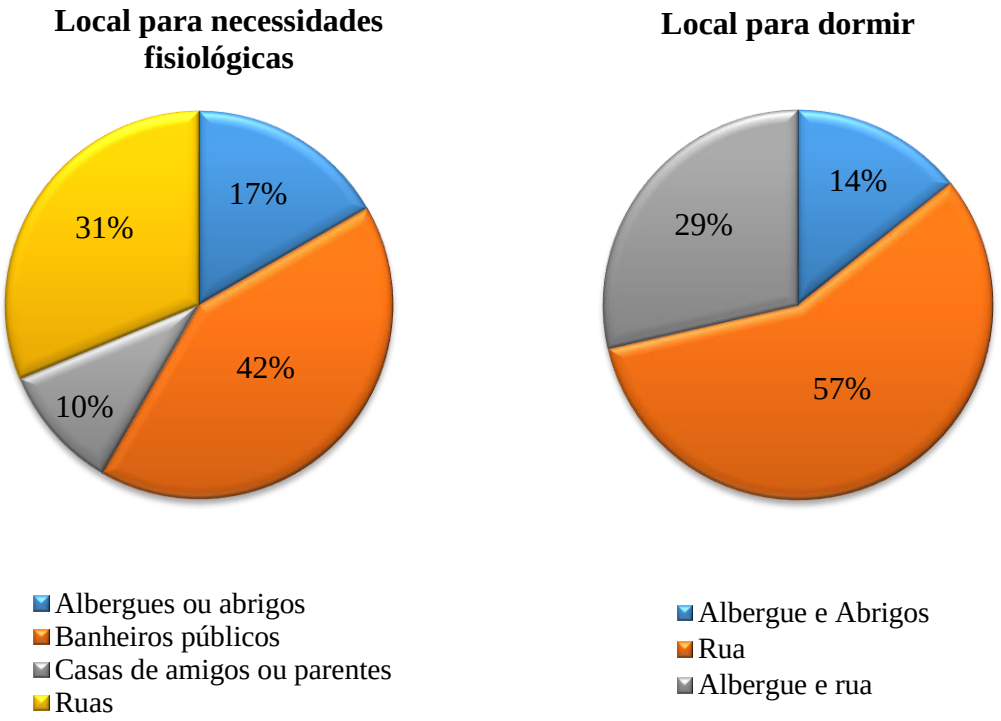
Fonte: pesquisa de campo

As necessidades fisiológicas é outro fator importante a saber. Dos entrevistados 42% realizam essas necessidades em banheiros públicos, 31% nas ruas, 17% em albergues ou abrigos

e 10% em casas de parentes ou amigos. Quanto ao local em que dormem, 57% dormem nas ruas, 29% em albergues e rua e 14% em albergues e abrigos. Os entrevistados que em sua maioria utilizam banheiros públicos e abrigos reclamam da falta de infraestrutura estatal e dizem não ter dignidade para viver como um ser humano.

Nesse sentindo, é importante ressaltar que as necessidades fisiológicas não é apenas uma questão de saúde, mas também ambiental. Isso ocorre, pois as pessoas que estão vivendo nas ruas realizam as suas necessidades em locais diversos e públicos o que causa dano ao meio ambiente que afeta comerciantes e transeuntes.

GRÁFICO 10: LOCAIS PARA NECESSIDADES FISIOLÓGICAS E PARA DORMIR



Fonte: pesquisa de campo

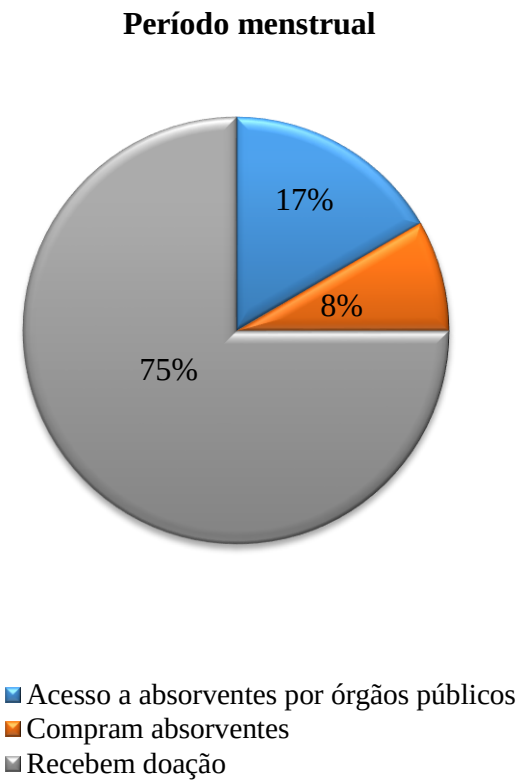
Ponto importante e que precisa ser comentado são que as dificuldades enfrentadas nas ruas pesam mais para as mulheres, uma vez que elas enfrentam necessidades específicas e que exigem um grau de atenção especial. As entrevistadas relatam que lidar com a menstruação e com a gravidez na rua não é tarefa fácil, além disso elas enfrentam diversas violências nas ruas tanto moral como física, violência moral sofridas pela sociedade e a violência física sofridas pelos atuais companheiros.

No que se refere a saúde intima da mulher, nota-se na pesquisa os centros de acolhida não conseguem oferecer vários produtos de higiene para as mulheres de rua, há pouco investimento em políticas públicas nesse sentindo. Elas contam que quando conseguem absorventes são por meio de doações de outras mulheres e até mesmo de mercados ou farmácia. Alegam, ainda, que nas unidades básicas de saúde e em hospitais não têm esse fornecimento e dessa forma elas se viram como podem.

Nesse sentindo, 75% recebem absorventes por doação, 17% conseguem em algum órgão público e 8% compram quando podem. Atualmente, o plenário da Câmara Legislativa do DF (CLDF) aprovou, o projeto de lei que prevê o fornecimento de absorventes para as mulheres que estão em situação de rua no DF. Inicialmente a proposta previa a entrega de coletores menstruais, no entanto, devido à falta de infraestrutura para a devida higiene desses recipientes o projeto não foi adiante. A iniciativa é do deputado Distrital Fábio Felix (PSOL).

A distribuição dos absorventes ficará por conta do Centro POP, pois ficou decido ser o melhor local nesse sentido.<g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/03/11/projeto-de-lei-aprovado-no-df-preve-distribuicao-de-absorventes-para-mulheres-em-situacao-de-rua.ghtml>.

GRÁFICO 11: PERÍODO MENSTRUAL

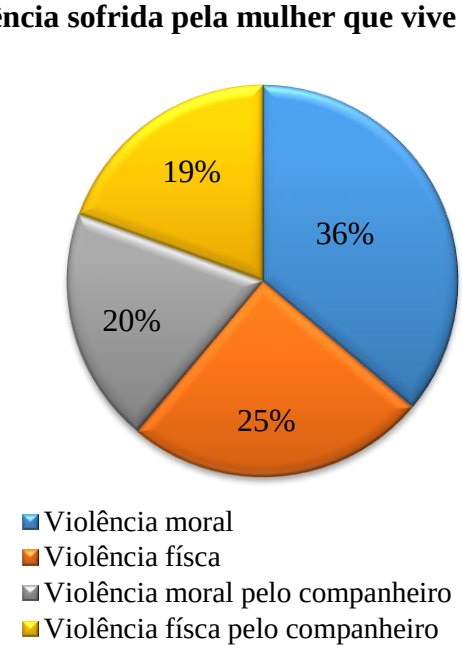


Fonte: pesquisa de campo

Outro as aspecto que chamou atenção durante a pesquisa foi a maternidade na vida das mulheres de rua. Algumas realizam as consultas de pré-natal em consultórios de rua, outras pelas unidades básica de saúde e outras não realizam o pré-natal. Elas informam que após o parto as casas de acolhida as recebem e realizam o acolhimento da mãe e do filho por aproximadamente 6 semanas. Após esse período muitas improvisam um local para morar já que não podem ficar com o bebe nas ruas e não querem deixar o bebe para adoção.

A violência também é um fator preocupante e que marcam a vida dessas mulheres. No que se refere a violência contra a mulher, os dados atuais da Secretaria de Segurança Pública do DF apontam que de janeiro a novembro do ano de 2019, o número de casos que envolve a violência contra a mulher aumentou em 50% em relação ao mesmo período de 2017. (Correio Braziliense). No entanto, as pesquisas não relatam as violências vividas pelas mulheres que vivem em situação de rua. Durante a pesquisa, elas relatam que sofrem diversas violências o que envolve física e moral. O medo e a insegurança são maiores no período da noite, pois ficam expostas e as vezes não tem para onde correr. Das mulheres entrevistadas, todas afirmaram já ter sofrido algum tipo de violência sendo que 36% já sofreram violência moral ou psicológica, 25% já sofreram com violência física, 20% sofrem ou sofreram violência moral ou psicológica pelo companheiro e 19% já sofreram violência física pelo companheiro.

GRÁFICO 12: VIOLÊNCIA SOFRIDA PELA MULHER QUE VIVE NAS RUAS



Fonte: pesquisa de campo

Atualmente, estima-se que existe em todo o DF cerca de 3 (três) mil pessoas que estão em situação de rua, porém devido à dificuldade de localização e rotatividade delas em diversos lugares, esse número pode ser ainda maior. Essa estimativa foi feita pela Secretaria de Assistência Social do DF com parceria do Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília (UNB) concluindo que a maior da parte dessa população está concentrada na área central do DF. (https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/01/19).

Para se ter uma base de como vivem essas pessoas, a universidade, por meio de sua empresa júnior ESTAT Consultoria, também realizou uma pesquisa de campo com pessoas de rua que vivem aos redores do campo universitário concluindo que 55 % dessas pessoas tem menos de 25 anos de idade. A pesquisa foi realizada com 48 pessoas em três locais distintos aos redores da UNB, que fica localizado no final da via L3 Norte, via de acesso à L4 Norte na área central do DF, e contou com os temas de escolaridade, religião, renda mensal e frequência de doações recebidas. Dessa forma, a pesquisa levantou os seguintes dados: entre os motivos que os levaram a ser concentrarem nas proximidades da universidade 32,7% responderam receber doações, 26,1% disseram não ter outra opção, 19,6% responderam que estão próximos ao trabalho ou escola, 8,7% disseram ficar mais próximo da família.

Outras opções como alcoolismo, local que o governo não tira e porque gosta foram escolhidas por 4,3% cada uma. A pesquisa ainda abordou que 91,5% das pessoas entrevistadas já frequentou a escola ou creche durante suas vidas e apenas uma das pessoas tem ensino médio completo e aproximadamente 35% não sabe ler e escrever. Por fim, o censo também levantou que apenas 33,3% são naturais do DF e outros 66,7% são de outros Estados sendo da Bahia, 33,3%, do Goiás 14,6% e Paraíba 8,3% e, além disso, 87,5% se consideram pardos ou negros. <https://campus.fac.unb.br/materias/2019-06-11-mais-de-55-dos-moradores-de-rua-que-vivem-perto-da-unb-tem-menos-de-25-anos-segundo-censo/>.

CONCLUSÃO

Para concluir, frisa-se as considerações finais à cerca da importância da aplicação e efetivação dos Direitos Humanos, em especial, para com a população que vive em situação de rua. O que se espera ao fim deste trabalho é ampliar o entendimento e o conhecimento do leitor sobre as dificuldades vivenciadas pelo indivíduo que não tem o mínimo existencial para viver, ou seja, é compreender a situação daquele que vive diante da pobreza extrema e que tem todos os seus direitos de dignidade humana violados.

Minimizar os efeitos da extrema pobreza no Brasil é algo que caminha a passos lentos, pois a sociedade e o Estado não têm demonstrado interesse quanto a importância de estreitar os laços com aqueles que são conhecidos como invisíveis, uma vez que essas pessoas não oferecem algo em troca para ambos. Este trabalho busca oferecer, portanto, mesmo que de modo sucinto, um apoio a sociedade a partir de uma visão justa e social.

Nesta pesquisa, inaugurou-se uma reflexão sobre a importância que os Direitos Humanos exercem na vida do homem, o que levou à conclusão de que o mínimo existencial, a visibilidade da sociedade e do Estado evidencia a urgência em solucionar a questão sobre a população de rua. A vida é um dos maiores bens que o Estado tem o dever de tutelar. É por meio de uma vida digna que a sociedade e o Estado existem. Por isso é fundamental que a vida do homem seja preservada. É por meio de uma vida saudável que podemos pensar em igualdade social e a assim se ter um progresso não somente perante a vida individual, mas também perante uma vida social, estatal e política.

Assim, o trabalho apresentou dois objetivos específicos para que possamos pensar em diminuir os problemas das pessoas que vivem nas ruas não só do DF, mas de todo o mundo. O primeiro objetivo teve como foco analisar pesquisas realizadas por órgãos, instituições para

compreender os atuais números de pessoas que estão nas ruas bem como os motivos que as levaram a escolher a rua como moradia. Assim, percebeu-se que os motivos estão pautados em falhas estatais e sociais, motivos esses existentes há anos e que pelo visto perdurarão por anos futuros caso a forma de governar não dê preferência a convivência social justa. O segundo objetivo foi presenciar na prática as dificuldades enfrentadas por meio de uma pesquisa de campo realizada nas ruas do DF que analisa de perto tal situação.

A pesquisa foi feita por uma análise quantitativa por meio de um questionário contendo uma série de perguntas fechadas com a finalidade de obter informações à cerca do dia a dia dessas pessoas envolvendo questões de sobrevivência diante a extrema pobreza. Dessa forma, a abordagem foi realizada aos redores do Centro POP localizado na região administrativa de Taguatinga e nas ruas da região administrativa de Ceilândia, regiões que ficam localizadas, aproximadamente, cerca de 26 km da capital federal, Brasília. A pesquisa contou com um total de 35 pessoas entrevistadas e foi realizada durante todo o mês de janeiro do ano de 2020.

Presenciar de perto a situação de rua, apresentar dados atuais e rever dados passados, conclui que a situação de rua é algo que ainda permanecerá por várias gerações, caso não haja uma interação social entre sociedade e Estado de modo a ver a vida como foco principal e essencial, deixando para segundo plano, portanto, as questões de riquezas econômicas.

RFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BRASIL, ONU. Conheça a ONU. Brasil: Acesso em 19 de outubro de 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>, 2019.

BRASILEIRA, Constituição Federal 1988. Acesso na data 19 de outubro de 2019. Brasil: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, 2019.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2014.

CHOMSKY, Avram Noam. O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e a Ordem Global. Brasil: Editora Bertrand Brasil, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

COSTA, Daniel Lucca Reis de. A rua em movimento. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

FERRO, Marc. Política Nacional para Pop. RUA. Brasília: Editora da Secretária Nacional dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2012.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

GATTI, Bruna Papaiz; PEREIRA, Camila Potyara. Projeto Renovando a Cidadania: pesquisa sobre a população em situação de rua do Distrito Federal. Brasília: Editora Gráfica Executiva, 2011.

GDF. História. Brasília a cidade sonho. Brasília: Acesso em 23 de abril de 2019. Disponível em: <http://www.df.gov.br/historia/>, 2019.

HABITAÇÃO, Política Nacional de. Habitação, 2009. Brasil: Acesso na data 19 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/Habitacao/MaterialdeApoio/PLANONACIONALDEHABITAO.pdf>, 2019.

HOBSBAWAN, Eric John Ernest. A era das revoluções 1789-1848. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

IBGE. Cidades. Cidades e Municípios. Brasil: Acesso em 23 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados.html?view=municipio>,2019.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MAX, Karl Heinrich. O Capital volume 1. Coimbra: Editora Teixeira Martins e Vital Moreira, 1974.

MONTEIRO, Hamilton M. O Feudalismo: Economia e Sociedade. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Cintia Sasse e Nelson. Especial cidadania. Brasília: Edição 669 Pessoas em situação de rua 28 de março de 2019. Acesso em 25 de maio de 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/especial-cidadania-populacao-em-situacao-de-rua>, 2019.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios e perspectivas contemporâneas. Porto Alegre: Editora do TST, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

REVOLUCIONÁRIA, Assembleia Nacional. Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789. França: Acesso em 17 de setembro de 2019, disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/comparato_hist_dudh.pd>, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. Autonomia e Moral; Educação em Direitos Humanos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

SOCIAL, Política Nacional de Assistência. Assistência Social, 2004. Brasil: Acesso em 15 de agosto de 2019. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistenciasocial/normativas/PNAS2004.pdf>, 2019.

SPOSATI, Aldaíza. A Menina LOAS: um processo de construção de assistência social. Brasil: Editora Edition, 2012.

TRINDADE, José Damião de lima. história Social dos Direitos Humanos. São Paulo: Editora Fundação Peirópolis, 2002.

VILLA, Marco Antônio. A Revolução de 1932. São Paulo: Editora Câmara Brasileira do Livro, 2011.

APÊNDICE

QUESTIONÁRIO

Pesquisa de campo: Análise de vivência das pessoas que estão em situação de rua no Distrito Federal.

Interface avaliada: Regiões Administrativas de Ceilândia e Taguatinga - DF

Curso:_____ Disciplina:_____

1. Qual o motivo que o/a levou escolher a rua como moradia?

( ) Álcool e Drogas
( ) Desemprego
( ) Conflitos Familiares
( ) Outros motivos

2. Qual o seu gênero?

( ) Feminino
( ) Masculino
( ) Outro

3. Qual a sua idade?

( ) Menos de 18 anos de idade
( ) Entre 18 e 24 anos de idade
( ) Entre 25 e 40 anos de idade
( ) Maior de 40 anos de idade

4. Qual sua raça/cor da pele?

( ) Pretos e pardos
( ) Brancos
( ) Outros

5. Qual sua fonte de renda? Exerce algum trabalho?

( ) Atividade remunerada
( ) Não trabalha
( ) Atividade de Flanelinha
( ) Pedinte
( ) Atividade de catadores

6. Possui vínculos familiares?

( ) Tem parentes no DF
( ) Mantêm contato com os parentes no DF
( ) Mantêm contato com parentes em outras cidades
( ) Não possui parentes
( ) Não quero falar sobre isso

7. Qual a sua formação escolar?

( ) Não Estudou
( ) Sabe ler e escrever
( ) Tem nível fundamental incompleto
( ) Tem nível Fundamental Completo
( ) Tem nível médio incompleto
( ) Tem nível médio completo
( ) Nível superior

8. Já sofreu algum tipo de discriminação?

( ) sim ( ) não

( ) Transporte público
( ) Violência física / Verbal
( ) Órgãos públicos
( ) Estabelecimentos Comerciais
( ) Vestimenta

9. Tem acesso à alimentação?

( ) Realiza ao menos uma refeição por dia
( ) Fica sem comer por dias
( ) Compra comida

10. Qual é o local utilizado para Higiene pessoal?

( ) Albergues ou Abrigos
( ) Rua
( ) Centro POP
( ) Banheiros públicos
( ) Casas de amigos

11. Quanto é o local utilizado para dormir?

( ) Albergues ou Abrigos
( ) Albergues ou rua

12. Quanto a higiene pessoal da Mulher (uso de Absorventes).

( ) Acesso à absorventes por órgãos públicos
( ) Recebe Doação
( ) Compra

13. Quanto a Violência sofrida pela Mulher.

( ) Violência Moral
( ) Violência Física
( ) Violência Moral pelo companheiro
( ) Violência Física pelo companheiro

PEDRO HENRIQUE DA SILVA

DIREITOS FUNDAMENTAIS:
uma análise de suas colisões e o respeito ao núcleo essencial nas restrições

Monografia de Conclusão de Curso apresentada como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília.

Orientadora: Profª. Ma. Dark' Ane Mendes Teixeira.

Brasília
2020/1

RESUMO

A problemática tratada na monografia é sobre os direitos fundamentais. Enquanto sociedade já vivemos centenas de fatos históricos para humanidade, no que concerne aos direitos humanos, em que diversas transformações ocorreram até chegarmos ao que atualmente está positivado, desde o Código de Hamurabi até nossa Constituição Federal de 1988. Ocorre que, através de diversas transformações na sociedade, nota-se uma expansão de direitos com o intuito de amparar as pessoas que não tinham como se sobressair em diversas situações. Todavia, quando se criou os direitos humanos, juntamente com as suas dimensões, notou-se que os mesmos poderiam entrar em conflitos diante de outros diretos igualmente positivados, criando assim, contradições constitucionais, sendo que, em contrapartida, apenas um deveria sopesar frente aos demais, e com isso, criou-se a teoria das restrições aos direitos fundamentais, em que existem as colisões desses, nos quais, haverá uma ponderação, para que haja uma possibilidade de determinar a prevalência naquele caso concreto

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Colisão. Núcleo Essencial. Restrições.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 6

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTO TÉORICO-JUÍDICO 8

2.1 Histórico dos direitos fundamentais no mundo 9

2.2 Histórico dos direitos fundamentais no Brasil 13

2.3 A tríplice dimensão dos direitos fundamentais 16

2.4 Conceito e características dos direitos fundamentais 18

2.5 Direitos fundamentais como norma 20

2.6 Princípio da dignidade humana 21

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: ASPECTOS GERAIS 23

3.1 Os subprincípios constitucionais 25

3.2 A Adequação 25

3.3 A Necessidade 26

3.4 A Proporcionalidade em sentido estrito 27

4. ANÁLISE DAS COLISÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RESTRIÇÕES 29

4.1 Análise doutrinária 29

4.2 Análise jurisprudenciais 35

4.2.1 Exame de sangue forçado em investigação de paternidade. Integridade física *versus* direito ao conhecimento da paternidade. 36

4.2.2 Caso Glória Trévi. Direito à intimidade versus direito a honra 38

4.2.3 direitos de imagem e o direito de imprensa 40

4.2.4. Direito à vida e saúde e os interesses econômicos do Estado 41

4.2.5 Direito à imagem e direito à informação/publicitação 42

5. CONCLUSÃO 44

REFERÊNCIAS 46

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo da teoria dos limites que se adentra acerca das restrições aos direitos fundamentais presentes na CF/88. Tratando-se de um tema de muita relevância, pois como existem vários direitos inclusos na Carta Magna, eles eventualmente entrarão em conflitos e nesses casos terá que haver uma ponderação para saber qual prevalecerá sobre o outro.

Para que se possa entender melhor a teoria dos limites dos direitos fundamentais, será feita uma análise de suas colisões e o respeito ao núcleo essencial nas restrições. Para isso, primeiramente, tem-se que entender como surgiram e o que são os tais direitos fundamentais, e também, saber qual o papel dos mesmos em sua devida historicidade.

Os direitos fundamentais têm início nos primórdios da sociedade humana e de suas necessidades, visto que, foi por meio da busca por melhores condições de sobrevivência que o homem da época tomou consciência de que viver em sociedade, dentro de um convívio social, resolveriam seus problemas, abandonando o nomadismo e partindo para o sedentarismo, o qual consistia em viver em um determinado lugar, sendo assim, atraia povos para uma respectiva interação, formando então as primeiras comunidades.

Nota-se que em tal convívio social surgiram alguns problemas decorrentes das necessidades individuais e de sobrevivência e para solucionar o homem começou a adotar a prática de reunir-se para discutir regras, deveres e direitos de convivência para a melhoria do convívio social. Esse foi o marco do início das discussões acerca do que seriam os Direitos Fundamentais. Porém era tudo muito primitivo, pois as normas eram violentas. O primeiro código de convivência humana, até onde se sabe, foi o conhecido Código de Hamurabi, que congregava um conjunto de leis babilônicas administrativas, cíveis, e penais que determinavam os deveres e direitos dos cidadãos mesopotâmicos.

Contudo, somente com as lutas contra a monarquia francesa do século XVIII que se deu início ao conjunto de leis acerca dos direitos fundamentais que temos hoje nas sociedades contemporâneas, foi a chamada Revolução Francesa. Essa revolução é um dos modelos idealistas das sociedades modernas e contemporâneas que surgiram influenciados pelo iluminismo, que se fundamenta nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade e que se baseiam na abolição da fé cristã como única fé para a compreensão da humanidade e na adoção do racionalismo como ferramenta única para a tomada de decisões políticas.

Em relação ao Brasil, após o período de exceção do regime militar de 1964, foi estabelecida uma constituinte, para a formulação de uma outra nova constituição para o Brasil, a qual foi apelidada, por alguns, de “constituição cidadã”, pois nela foi abarcada diversos

direitos e garantias defendidos pela Revolução Francesa e os quais são considerados cláusulas pétreas, que não podem ser alterados pelo poder legislativo muito menos pelo judiciário, conforme está descrito no artigo 60 da constituição.

O estabelecimento dessa nova constituição federal, ao passar do tempo, abriu brechas para conflitos relacionados à garantia da seguridade dos direitos fundamentais e, com isso surge uma indagação, partindo do seguinte problema: se os direitos fundamentais devem ser respeitados e há contradições a eles descritas na constituição, como saber identificar qual direito prevalece na nossa Carta Magna? Algumas teorias foram elaboradas, para responder a essa questão, uma delas é a que expressa que alguns direitos se sobressaem perante algumas situações, fazendo com que nenhum direito seja absoluto e possa até mesmo ser restringido.

Tendo como base essa teoria, seria devido analisar até que ponto se pode restringir os direitos sem ferir o seu núcleo essencial que é o que forma um direito fundamental. Assim, haverá um dever do legislador e do juiz no presente caso que fará essa delimitação e ponderação para poder determinar qual prevalecerá no caso concreto.

Visando a resposta para isso, o objetivo geral é explicar o que são os Direitos Fundamentais, como eles se formaram no decorrer das eras do ser humano e como foi sua evolução acompanhando as sociedades e comunidades formadas e quais são os Direitos Fundamentais presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Os objetivos específicos são caracterizar os direitos fundamentais quanto ao seu núcleo essencial, dizer o que é a teoria dos limites e como deve-se proceder.

Acerca do estudo, fora realizado seguindo o método dedutivo, ou seja, as conclusões gerais podem ser aplicadas ao particular. Caracteriza-se como uma pesquisa de cunho descritivo/explicativo, porque descreve para explicar a ocorrência ou não do fenômeno enfocado, considerando aspectos históricos e normativos para tal.

Como procedimentos metodológicos, para desenvolvimento do trabalho, foram utilizadas a pesquisa bibliográfica em livros acadêmicos e em modo online e a pesquisa documental. Nesse sentido, respectivamente, foram consultadas obras de autores que se destacam na área e decisões jurisprudenciais de Tribunais brasileiros diversos, bem como a legislação atual vigente.

O trabalho encontra-se estruturado em quatro capítulos: no primeiro abordou sobre a história dos direitos fundamentais, o que seriam eles e como eles se formaram e sua evolução até estar presente no ordenamento brasileiro, no terceiro será abordado sobre o princípio da proporcionalidade em seus aspectos gerais que servirão de base para poder entender como é possível haver uma restrição a um direito fundamental, e, por fim, no quarto será abordado

acerca da análise das colisões dos direitos fundamentais e suas restrições, partindo de análise doutrinária e de jurisprudências dos tribunais superiores.

O presente trabalho de pesquisa não tem o propósito de esgotar o tema, tendo em vista os seus inúmeros desdobramentos acerca dele. Objetiva, contudo, reunir os principais pontos sobre a temática dos limites, em especial a atuação da Justiça brasileira e da doutrina, quando das restrições entre os direitos para enfim encontrar um ponto em que se possa ponderar.

Por fim, cumpre salientar que podem ser beneficiados com essa pesquisa trabalhadores, pesquisadores, estudantes e todos os indivíduos dispostos a promover o respeito aos direitos fundamentais, os ramos do direito civil, dos direitos humanos, do direito constitucional, necessitando de mais estudos acadêmicos específicos sobre o assunto.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTO TÉORICO-JURÍDICO

Para podermos compreender melhor sobre a teoria dos limites às restrições do direitos fundamentais, temos que iniciar falando acerca deles e a respeito do papel do legislador na sociedade com relação a eles, o qual irá nos remeter aos preâmbulos da sociedade humana e das duas devidas necessidades que seriam satisfeitas somente em convívio social e através deste foi que emergiram os problemas decorrentes das necessidades individuais e de sobrevivência, que levaram o homem a adotar a prática de reunir-se para falar objetivando discutir e criar regras de convivência.

De acordo com o que diz Maurício Barbosa Paranaguá (2010), ainda com fortes influências pelos ideais iluministas, surgiu então um ideal de sociedade que seria o modelo daquele momento em diante e que essa sociedade devia basear-se em certos "pilares" que não poderiam ser atingidos pelo estado absolutista, os quais são os princípios e desses princípios decorrem o da liberdade, igualdade e fraternidade que mais tarde com o avanço da sociedade seriam chamados de gerações dos direitos. E em relação ao Brasil, com o então poder constituinte foi-se feita uma nova constituição, a qual muitos chamam de "constituição cidadã" pois nela foi abarcada diversos direitos e garantias, e em seu título segundo foi incluído tais gerações, sobre os direitos e garantias fundamentais, os quais são considerados cláusulas pétreas conforme diz o artigo 60 da constituição federal e que não podem ser objetos de modificações.

Compreendendo isso, o poder legislativo assume uma função fundamental nesse tal pacto social que regrará o convívio social e dessa forma em alguns determinados casos terá que restringir os direitos fundamentais, pois como se sabe, não existem direitos absolutos no nosso ordenamento jurídico, e conforme o que diz Bruno Medeiros Bastos (2014), temos o exemplo do direito à vida o qual muitos pensam que é o mais sagrado dos direitos, e existe a possibilidade de restrição nos casos de aborto nos casos de estupro, nos casos também de fetos anencefálicos como também nos casos de guerra declara que permite a pena de morte.

Conforme Bruno Medeiras Bastos (2014), se existem limites a todos os direitos, e aqui cuidamos dos direitos fundamentais em seu conceito restrito, é necessário que saibamos até onde se pode limitá-los, a fim de que se evite seu completo desvirtuamento ou mesmo sua anulação a pretexto de limitá-lo. Assim, haverá uma liberdade de conformação do legislador tendo uma margem de discricionariedade do legislador de definir e delimitar os direitos fundamentais, especificamente nas normas de eficácia contida e nos casos de colisão dos

direitos fundamentais em que os direitos previstos na forma de princípio, deverá usar a ponderação para poder determinar qual irá prevalecer no caso concreto.

2.1 Histórico dos direitos fundamentais no mundo

A concepção moderna dos direitos fundamentais é fruto de uma construção histórica. São tidos como fundamentais os direitos que compõem um núcleo existencial básico para a vida digna do ser humano. Resulta daí o motivo pelo o qual a concepção de historicidade se destaca entre as características dos direitos fundamentais.

Neste sentido, Alexandre de Moraes (2011) fala que os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. Assim, a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.

No entendimento de José Afonso da Silva (1992) o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos das declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais do que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários.

No que tange, a finalidade desses direitos tidos como fundamentais, Canotilho (2011) aponta uma dupla perspectiva que constituem num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual e implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais sendo a liberdade positiva e a de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos a liberdade negativa.

Miguel Ángel Ekmekdjian (2011) sintetiza dizendo que o homem, para viver em companhia de outros homens, deve ceder parte de sua liberdade primitiva que possibilitará a vida em sociedade. Essas parcelas de liberdades individuais cedidas por seus membros, ao ingressar em uma sociedade, se unificam, transformando-se em poder, o qual é exercido por representantes do grupo. Por conseguinte, a previsão dos direitos humanos fundamentais

direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo.

A concepção de dignidade é a viga mestra que dá sustentação a um verdadeiro Estado de direito democrático. Como nos ensina o Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello (1996) que reafirma a crença no Direito; reafirma-se o entendimento de que, sendo uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele, advindo a almejada segurança jurídica da observância do ordenamento normativo. O combate ao crime não pode ocorrer com atropelo da ordem jurídica nacional, sob pena de vir a grassar o regime totalitário, com prejuízo para toda a sociedade.

Segundo o entendimento de Alexandre de Moraes (2013) a origem dos direitos individuais e fundamentais do ser humano são datados do terceiro milênio antes de Cristo, no antigo Egito e mesopotâmia, já o código de Hammurabi o qual seja de (1690 a.c.) elencava direitos que seriam comuns aos homens, como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade e a família. Posteriormente, teve-se relato dos gregos na participação política que a partir deles foram iniciados vários estudos sobre a necessidade de liberdade e igualdade dos cidadãos, mas foi apenas com o direito romano que se estabeleceu um mecanismo de interdito objetivando proteger os interesses individuais do arbítrio estatal. Porém, é na Inglaterra que se situam os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos fundamentais, tais como a Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem-Terra em 1215, a Petition of Right de 1628, o Habeas Corpus Act de 1679, Bill of Rights de 1689 e o Act of Settlement de 1701.

Segundo Albert Noblet, (1992) em sua obra "A Democracia Inglesa" que fala acerca dos direitos fundamentais na idade média que está longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres. Ora, os homens livres, nesse tempo, ainda eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres.

José Afonso da Silva reconhece como verdadeira esta observação de Noblet, porém o autor brasileiro afirma a importância da Magna Carta como um símbolo das liberdades públicas, consubstanciando o esquema básico do desenvolvimento constitucional inglês, servindo de base para que juristas, especialmente como o Edward Coke, extraíssem dela os fundamentos da ordem jurídica democrática do povo inglês.

A "Petition of Rights" como a semente que deflagrou a Revolução Inglesa. Neste sentido, o autor Ricardo Castilho (2013) afirma que em muitos países os cidadãos buscavam maneiras de limitar os poderes dos governantes, em especial nas monarquias absolutistas. Era o início da transição do absolutismo para o Estado liberal de Direito, onde o governo seria norteado por leis fundamentais, as chamadas cartas constitucionais

No mesmo sentido, o autor português J. J. Canotilho (1998) cita que ao falar-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, cultural que, sobretudo, a partir de meados do século XVII, questiona nos planos político, filosófico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político.

Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo, desde os fins da Idade Média até o século XVII.

Para José Afonso da Silva (1992) a petição constituiu um meio de transação entre o Parlamento e rei, que este cedeu, porquanto aquele já detinha o poder financeiro, de sorte que o monarca não poderia gastar dinheiro sem autorização parlamentar.

Para Ricardo Castilho (2013), o Habeas Corpus Act de 1679 representou um dos grandes destaques do reinado de Carlos II, o documento definia e fortalecia a velha prerrogativa do habeas corpus (já instituída na Magna Carta de 1215), segundo a qual a pessoa ilegalmente detida teria direito a ser levada para diante de um tribunal para que ali se decida a legalidade de sua detenção.

Neste sentido Alexandre de Moraes (2011) afirma que com relação ao Habeas Corpus Act de 1679, ele regulamentou esse instituto que, porém, já existia na common law. A lei previa que, por meio de reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (...) o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandado ou o certificado de que a cópia foi recusada, poderiam conceder providência de habeas corpus em benefício do preso, a qual será imediatamente executada perante o mesmo lorde-chanceler ou juiz; e se afiançável, o indivíduo seria solto, durante a execução da providência, comprometendo-se a comparecer e responder à acusação no tribunal competente. Além de outras previsões complementares, o Habeas Corpus Act previa multa de 500 libras àquele que voltasse a ser preso pelo mesmo fato, o indivíduo que tivesse obtido a ordem de soltura.

Albert Noblet (1992) ensina que acerca do Habeas Corpus Act fez reforçar as reivindicações de liberdade, traduzindo-se, desde logo, e com as alterações, na mais sólida garantia da liberdade individual, e tirando aos déspotas uma das suas armas mais preciosas, suprimindo as prisões arbitrárias.

Na visão de José Afonso da Silva (1992), a Declaração de Direitos (Bill of Rights) é o

documento mais importante surgido neste período na Inglaterra, que decorreu da Revolução de 1688, pela qual se firmara a supremacia do Parlamento, impondo a abdicação do rei Jaime II e designando novos monarcas, Guilherme III e Maria II, cujos poderes reais limitavam com a declaração de direitos a eles submetida e por eles aceita

De acordo com Alexandre de Moraes (2010) o Bill of Rights significou enorme restrição ao poder estatal, prevendo, dentre outras regulamentações: fortalecimento ao princípio da legalidade, ao impedir que o rei pudesse suspender leis ou a execução das leis sem o consentimento do Parlamento; criação do direito de petição; liberdade de eleição dos membros do Parlamento; imunidades parlamentares; vedação à aplicação de penas cruéis; convocação frequente do Parlamento.

Fábio Konder Comparato (2010) comunga do mesmo entendimento acerca da relevância do Bill of Rights que surge, então, para a Inglaterra, a monarquia constitucional, submetida à soberania popular (superou-se a realeza de direito divino), que teve em Locke seu principal teórico e que serviu de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX.

Acerca do Act of Settlement, afirma Alexandre de Moraes (2010) que este precedente histórico configurou-se em um ato normativo reafirmador do princípio da legalidade e da responsabilização política dos agentes públicos, prevendo-se a possibilidade, inclusive, de impeachment de magistrados

De acordo com Ricardo Castilho (2013) o Parlamento promulgou a Declaração de Direitos, obrigando os novos monarcas a aceitá-la. Essa declaração foi a consolidação do parlamento inglês, nos moldes em que até hoje é praticado. Foi o documento mais efetivo na limitação dos poderes dos soberanos.

Da mesma forma Fábio Konder Comparato (2010) diz que a partir de 1689, na Inglaterra, os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada do Parlamento. Então, conforme foi observado ao longo desse processo evolutivo dos direitos fundamentais, a concepção do que se tem como fundamental para a vida humana foi fruto de construções da sociedade, sendo elaboradas pelo homem objetivando a efetiva dignidade da pessoa humana.

2.2 Histórico dos direitos fundamentais no Brasil

Segundo José Afonso da Silva (2007), diz que a evolução dos direitos fundamentais no Brasil foi influenciada diretamente pelo movimento constitucionalista que crescia dentro da

Europa no final do século XVIII. As constituições brasileiras sempre possuíram em seus textos o reconhecimento dos direitos fundamentais. Nesse contexto, a Constituição do Império de 1824 já trazia os direitos fundamentais de primeira dimensão, estando eles no Título 8º, sob a nomenclatura de Garantia dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros. Tal constituição, segundo José Afonso é a primeira Constituição, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva. Ela já previa inúmeros direitos individuais, tais como liberdade, segurança individual e propriedade. A Constituição de 1824 ainda reconheceu direitos sociais os quais só seriam constitucionalizados em outros países no final do século XIX.

Contudo, Barbara Mota Pestana (2017), afirma que a constituição de 1824 já trazia também o poder moderador, que traduzia uma restrição aos direitos, dessa forma, mesmo que tivesse elencado direitos fundamentais aos cidadãos de primeira e segunda dimensão, não foi capaz de garantir o exercício deles. Porém, após o devido reconhecimento dos movimentos sociais a constituição de 1934 deu início ao Estado Social brasileiro promulgada a partir do movimento político-militar de 1930 e sofreu grande influência das constituições europeias.

O reconhecimento dos movimentos sociais, a Constituição de 1934 inaugurou o Estado Social brasileiro. Tal constituição foi promulgada após o movimento político-militar de 1930 e sofreu grande influência das constituições europeias, como a da República de Weimar (1919). A Constituição brasileira de 1934 assegurou vários direitos, entre eles a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, agregando caráter fundamental aos direitos sociais. Com relação a ordem social trabalhista, o novo ordenamento constitucional também trouxe grandes e relevantes conquistas.

A Constituição de 1934 teve capacidade de inovar na consagração dos direitos fundamentais. Entretanto, em 1937, com o totalitarismo, os direitos do homem foram suprimidos, sendo tal supressão também encontrada nas constituições de 1967 e 1969. As cartas de 1967 e 1969 representaram uma diminuição desses direitos. Dessa forma, tem-se que, a partir da Constituição de 1934, ressalvada as cartas ditatoriais, foram previstos, além dos direitos e garantias individuais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos econômicos e sociais do homem. Acentuando ainda, Barbara Mota Pestana (2017) diz que já com relação a Carta Constitucional de 1946 fez reforçar os direitos fundamentais, os quais estes foram reconhecidos nos capítulos referentes a Nacionalidade e a Cidadania e dos Direitos e Garantias Individuais. Tal constituição voltou a proibir a pena de morte e de prisão perpétua, restaurando, assim, mecanismos de garantia dos direitos fundamentais. Outras inovações também surgiram com o documento de 1946 tais como o habeas corpus, o mandado de segurança e a ação popular,

além da observância da legalidade e da irretroatividade da lei.

Consoante com isso Barbara Mota Pestana (2017), cita que a Constituição de 1988, após grandes transformações na sociedade que por diversos anos estava sob a égide de um regime militar, o qual restringia direitos, ela foi conhecida como a Constituição Cidadã, que trata em seu texto acerca dos direitos e garantias fundamentais. Tal carta promoveu uma verdadeira reestruturação do Estado brasileiro e de seus direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 ampliou os direitos fundamentais, reconhecendo não só os direitos individuais e sociais, como também os direitos de solidariedade (terceira dimensão). A Constituição Cidadã buscou assegurar os direitos do homem, elevando-os à fundamentalidade. Entretanto, não basta apenas a consagração desses direitos, é preciso que o Estado os concretize, possibilitando à sociedade o gozo dos direitos constitucionalmente assegurados.

Os direitos e garantias fundamentais encontram-se previstos no Título II, que foi dividido em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Assim, tem-se:

> a) Direitos individuais e coletivos: são os direitos relacionados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, assim como direito à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Estes direitos encontram-se no artigo 5º da Constituição Federal. Os direitos individuais são prerrogativas usadas pelo indivíduo para se opor ao arbítrio estatal. Já os direitos coletivos, estes pertencem a uma coletividade que se vincula juridicamente; b) Direitos sociais: são prestações positivas do Estado, ou seja, o Estado deve garantir as liberdades positivas aos indivíduos. Tais direitos relacionam-se aquilo que o Estado deve prover, como por exemplo, direito à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Tais direitos encontram-se dispostos a partir do artigo 6º da Constituição Federal; c) Direitos de nacionalidade: vínculo jurídico-político entre o indivíduo e determinado Estado, assim, o indivíduo passa a integrar o Estado; d) Direitos políticos: permitem ao indivíduo o exercício de sua cidadania, participando de forma ativa dos negócios políticos do Estado. Tais direitos estão elencados no artigo 14 da Constituição Federal. e) Direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos: assegura a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos para preservar e proteger o Estado Democrático de Direito. Tais direitos encontram-se no artigo 17 da Constituição Federal. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Desta forma, fica esclarecido tanto a historicidade dos direitos fundamentais na sua origem como também as suas grandes influências que fizeram o Brasil querer incluir em suas constituições artigos que tratassem a respeito e que só foi com o discorrer dos anos que os direitos foram realmente estabelecidos e respeitados, só após tantas transformações na sociedade que por diversas vezes tiveram seus direitos restringidos que desse modo vieram a ter as dimensões dos direitos para controlar as arbitrariedades do Estado e dos indivíduos.

2.3 A tríplice dimensão dos direitos fundamentais

O surgimento dos direitos fundamentais é dividido em dimensões, as quais são datadas de acordo com um momento histórico que se manifestou na sociedade, e essa expressão veio para substituir a defasada gerações dos direitos que tinha uma conotação de que um direito viria a substituir a outra geração o que não é o caso, pois as dimensões fazem se somar a cada dimensão surgida a posterior.

Segundo Paulo Bonavides (2006), os direitos fundamentais de primeira dimensão foram cunhados pelo pensamento liberal-burguês do século XVIII, a partir da deflagração das revoluções burguesas, e se firmaram como direitos de liberdade inviolável do indivíduo perante o Estado. São os direitos civis e políticos do indivíduo – dentre os quais ganha especial destaque o direito à liberdade, à vida, à propriedade e à igualdade perante a lei –, elevados ao grau máximo, de forma a convergir para a exacerbação da individualidade do homem face a um Estado de caráter eminentemente abstencionista.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão possuem uma correlação com a democracia burguesa, na qual os direitos são formalmente reconhecidos aos cidadãos. Integram esse rol o conjunto de direitos de participação política (como o direito ao voto, bem como a capacidade eleitoral passiva), como também a liberdades públicas, ad exemplum, a liberdade de expressão, de imprensa, de manifestação, de associação, de reunião, dentre outras.

Ao lado dos direitos fundamentais catalogadas nas primeiras Constituições, Paulo Bonavides (2006) cita que foram previstas algumas garantias de cunho processual, como o habeas corpus e o devido processo legal, que visam dar efetividade a esses direitos. O caráter ante estatal desses direitos está consubstanciado na nítida separação entre Estado e Sociedade, na medida em que se pretendia limitar o poder estatal demarcando uma zona de não-intervenção do Estado na esfera da autonomia privada dos indivíduos, daí também se chamarem direitos de defesa. Surge, assim, a possibilidade juridicamente garantida de se fazer o que as leis permitiam. São, em suma, os "direitos-liberdades" (na expressão de Jean Rivero), que trazem no seu bojo o caráter negativo, na proporção em que dirigidos a uma abstenção do Estado.

Ainda conforme o posicionamento de Paulo Bonavides (2006), os direitos fundamentais de segunda dimensão gravitam em torno do princípio da igualdade e adquiriram uma conotação econômica e social em virtude do impacto da industrialização que agudizou a chamada "questão social". Operou-se, assim, uma mudança política e filosófica no pensamento dominante do Estado de Direito clássico de feição burguesa, dada a influência da ideologia socializante que triunfava no século XIX de cunho antiliberal.

Ao Estado passou a ser atribuído um papel interventivo e promocional na consecução da justiça social, já que a consagração formal dos "direitos-liberdades" não foi acompanhada pelo seu gozo efetivo. São esses direitos de segunda dimensão também chamados de "direitos-créditos", ou direitos promocionais, vez que correspondem à dívida que o Estado deve saldar para com os seus cidadãos, individuais e coletivos. Nessa perspectiva, um direito, na juridicidade de seu conceito, é sempre um direito de crédito, de forma que, data máxima vênia, tecnicamente não se pode inferir que os direitos fundamentais de primeira dimensão possuam um status negativo. Conforme acentua Paulo Bonavides (2006), os direitos fundamentais de segunda dimensão passaram por um "ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa" segundo ele, "em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos".

Dado o questionamento acerca da juridicidade dessas normas sociais, elas foram remetidas à esfera programática, ou seja, sua aplicabilidade não se dava de forma imediata, vez que não lhes foram consagradas as mesmas garantias processuais típicas dos direitos de liberdade, o que culminou na falta de concretização refletida numa crise de observância e execução dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, por seu turno, são aqueles ligados à fraternidade e à solidariedade que trazem como nota distintiva o fato de sua titularidade recair sobre o gênero humano e não apenas no indivíduo e na coletividade de um determinado Estado. A exigência de solidariedade deve ser levada em consideração pelos Estados-membros da comunidade internacional, motivo pelo qual diz que sua titularidade é coletiva ou difusa. São, portanto, direitos transindividuais, na medida em que alguns deles são direitos coletivos e outros são difusos, de sorte que por sua titularidade coletiva muitas vezes se torna ela indefinida e indeterminável.

> Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão, pode-se mencionar, num rol de numerus apertus (posto que outros poderão ser aí incluídos): o direito ao desenvolvimento ou progresso; o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; o direito à autodeterminação dos povos; o direito de comunicação; o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à paz. Frise-se que alguns dos direitos supramencionados estão previstos no art. 4º da Constituição Federal Brasileira de 1988, que versa sobre os princípios que regem as relações internacionais do Brasil. (BONAVIDES, 2019, p. 572).

Então compreende-se que as dimensões dos direitos fundamentais deu-se através dos anseios da sociedade, a qual no de primeira dimensão visava na liberdade dos indivíduos das amarras da sociedade que era sufocante, mas ai viu-se que os indivíduos segregavam-se e precisou que houvesse uma segunda dimensão para que o Estado tivesse uma posição positiva

contrária a de primeira dimensão que era esperada uma atitude negativa, para assim, equilibrar a sociedade e já no de terceira geração que visava todo um povo ou população, pois está ligada a fraternidade, solidariedade e defesa do meio ambiente.

2.4 Conceito e características dos direitos fundamentais

Para Alexandre de Moraes (2013), os direitos fundamentais são um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por objetivo o respeito a usa dignidade, por meio de sua proteção contra possíveis arbítrios do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e também de desenvolvimento da personalidade humana, ele diz que as principais características dos direitos fundamentais são o da imprescritibilidade, pois não se perdem pelo decurso do tempo; inalienabilidade, visto que não há possibilidade de transferência, seja a título gratuito ou oneroso; irrenunciabilidade, significando que não podem ser objeto de renúncia pelo seu titular, o que traz importantes consequências jurídicas, especialmente no que tange à renúncia ao direito à vida (suicídio e eutanásia); inviolabilidade, porque não podem ser desrespeitados por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas; universais, pois abrangem todos os indivíduos, independentemente de raça, cor, credo ou religião; efetivos, já que a atuação dos governantes deve ser pautada por sua efetivação; interdependentes, significando que as várias previsões constitucionais possuem interseções para atingir suas finalidades; complementares, porque não devem ser interpretados isoladamente.

Característica importante que merece ser apontada em tópico distinto é a relatividade de tais direitos, que não são nem absolutos, nem ilimitados. Seu âmbito de incidência encontra limite em outras normas, também consagradoras de direitos fundamentais ou de outros interesses constitucionais protegidos.

Importante destacar também que para Alexandre de Moraes (2013), outra característica importante que merece ser apontada é a da relatividade dos direitos, pois haverá tempos em que terá colisões dos direitos fundamentais e que eles não são nem absolutos, nem ilimitados. Seu âmbito de incidência encontra limite em outras normas, também consagradoras de direitos fundamentais ou de outros interesses constitucionais protegidos. Este é exatamente o objeto de estudo deste trabalho: a possibilidade jurídica de restrição da liberdade individual através da internação compulsória de dependentes químicos com vista a assegurar sua vida ou integridade

física. É necessário verificar não apenas a legitimidade dos objetivos pretendidos pelo legislador ao editar a norma restritiva de direitos fundamentais, como também se a restrição é de fato imprescindível à realização destes objetivos e se é apta a alcançá-los, evitando qualquer sacrifício desnecessário ao direito atingido em nome de outro bem tutelado.

Se os direitos fundamentais são inerentes a condição do ser humano e que todos tem direito a eles, chegará o momento em que duas pessoas estarão em um impasse de direitos que conflitarão e que apesar de serem cláusulas pétreas conforme a constituição de 1988, um deverá ser sopesado em relação ao outro, usando do princípio proporcionalidade, o qual diz que embora possam ser sopesados não podem ser restringidos ao ponto de ferir o núcleo essencial do direito fazendo que assim esvazie ele e a parte sopesada não tenha um sopesamento equilibrado.

2.5 Direitos fundamentais como norma

Os direitos fundamentais, conforme explicação de Galindo (2006) ao integrarem o ordenamento jurídico, transformam-se em normas, adquirindo caráter cogente e tornando-se de observância obrigatória pelos três poderes do Estado e pelos particulares. Os direitos humanos não são ‘valores’, mas normas. Atrás deles estão representações de valores da dignidade, liberdade e igualdade de todos os seres dotados de semblante humano. Mas tão logo a constituição positiva-os, eles são direitos vigentes. A partir de então nós juristas temos o dever de interpretá-los como normas. Quem pretende estampar as normas dos direitos humanos em ‘valores’, procede justamente por essa razão à sua desvalorização.

Segundo a clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005), princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

ALEXY (2008), também partindo da ideia de que regras e princípios são espécies do gênero norma, afirma que as primeiras podem ser satisfeitas ou não, ou seja, se a regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela determina, nem mais, nem menos. Já os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas

existentes, funcionando como mandamentos de otimização, o que significa que podem ser satisfeitos em graus variados, de acordo com as normas colidentes.

Por fim, temos que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, possuem natureza jurídica de princípios de nosso ordenamento jurídico e são mandamentos de otimização. Assim, o método de solução de conflitos que os envolvem é a ponderação, tendo em vista que um determinado direito fundamental pode vir a ser restringido em um caso concreto em virtude da existência de outro direito, constitucionalmente previsto e considerado preponderante. (ALEXY, 2008).

2.6 Princípio da dignidade humana

Segundo Rocha (2004), os desastres humanos das guerras, especialmente aquilo que assistiu o mundo no período da Segunda Guerra Mundial, trouxe, primeiro, a dignidade da pessoa humana para o mundo do direito como contingência que marcava a essência do próprio sociopolítico a ser traduzido no sistema jurídico.

Para Kant (2000) o ser humano, o homem, jamais pode ser utilizado como meio para a vontade de outros, mas sempre como um fim, "existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que dirigem aos outros seres racionais, ele tem de ser considerado simultaneamente como fim. Para ele, a prerrogativa do legislador universal é de nos tornar pessoa, um ser com dignidade, como fim em si mesmo, que nos faz membros de um reino de fins, que liga todos os seres racionais sob leis comuns.

Neste sentido, Barcellos (2002, p. 107) dispõe: "pode-se dizer que, para Kant, o homem é um fim em si mesmo – e não uma função do Estado, da sociedade ou da nação – dispondo de uma dignidade ontológica. O Direito e o Estado que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos".

Outrossim, Emmanuel Kant aduz que, "quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade" (KANT, 2000, p. 77), assim é o ser humano, insubstituível, não há preço ou qualquer outra coisa que possa ser colocado em seu

lugar, nada é equivalente ao ser humano. Logo, as pessoas não devem ser tratadas como mero objeto, mas devem sim, serem reconhecidas como sujeito.

Pauline de Moraes Chemin (2009) afirma que acometida por estas ideias kantianas a CF/88 em seu artigo 1°, inciso III pela primeira vez em nosso país, fez da dignidade da pessoa humana valor supremo da ordem jurídica. Um novo modelo, uma nova concepção surge, concedendo legitimidade e ordem ao sistema, devido o seu destaque sobre os demais valores, atribuindo-a uma unidade axiológica-normativa.

As interpretações dos demais princípios deverão se realizar a sombra do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso para que cada ser humano seja respeitado na sua integralidade, tendo sua dignidade protegida e amparada na sua totalidade, assegurando eficácia a cada um. A violação de um princípio traz consequências extremamente graves, pois amotina contra todo um sistema, contra todos seus valores fundamentais.

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: ASPECTOS GERAIS

O princípio da proporcionalidade, que por muitas vezes é tratado como o princípio da razoabilidade, tem como objetivo equilibrar os direitos individuais com relação aos anseios da sociedade. Na seara administrativa, e conforme o entendimento do mestre Dirley da Cunha Júnior (2009), a proporcionalidade é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 255), fala que quanto ao princípio da proporcionalidade (ou princípio da razoabilidade), preconiza que o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi primeiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão.

A máxima da proporcionalidade encontra-se implicitamente consagrada na atual Constituição brasileira e costuma ser deduzido do sistema de direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, bem como da cláusula do devido processo legal substantivo. Esta última posição já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, consubstanciada em decisão proferida no RE 374.981-RS (Informativo n. 381 STF), de relatoria do Ministro Celso de Mello:

> Conforme José Gomes Canotilho, o princípio da proporcionalidade, em seu estágio inicial de desenvolvimento, dizia respeito à limitação do poder executivo, especialmente do exercício do poder de polícia, o qual era utilizado para disciplinar e restringir direitos e liberdades individuais em favor do interesse público. Assim, o princípio da proporcionalidade funcionava como forma de contenção do arbítrio estatal. Segundo ele o princípio da proporcionalidade é tratado por diversos autores através de diferentes terminologias, sendo comum a sua identificação com o princípio da proibição do excesso e da razoabilidade. Como ele não está expresso no ordenamento constitucional brasileiro, como veremos adiante, verificamos um uso indiscriminado de termos na doutrina e na jurisprudência, o que exige uma reflexão acerca da sinonímia ou não entre eles. (Informativo n. 381 STF)

No Brasil, para Marina Georgia de Oliveira e Nascimento (2014), o princípio da proporcionalidade consiste em princípio implícito na Constituição de 1988. No entanto, no plano infraconstitucional, ele está expressamente homenageado, conforme se verifica do art. 2º

da Lei nº 9.784/1999. Para parte da doutrina, há distinção entre proporcionalidade e razoabilidade.

Não obstante seu posicionamento, há respeitáveis autores que entendem como sinônimos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, referindo-se a eles de forma indistinta. Luís Roberto Barroso (2002) afirma citando José Afonso que é digna de nota a trajetória ascendente do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira.

Sarmento (2003), embora reconheça sua distinta origem histórica (a proporcionalidade, constitucionalizada através da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, no pós Segunda Guerra, e a razoabilidade, cuja evolução ocorreu no sistema da Common Law nos Estados Unidos a partir da interpretação evolutiva do devido processo legal, afirma que os institutos são fungíveis, eis que visam ao mesmo fim, qual seja, limitar o arbítrio do Poder Público frente a todos os direitos assegurados constitucionalmente.

O termo proporcionalidade também costuma ser intercambiado com a denominação proibição do excesso. Tal postura é adotada, dentre outros, pelo autor Canotilho, ao afirmar que "*o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição do excesso (Übermassverbot), foi erigido à dignidade de princípio constitucional*" (CANOTILHO, 2003, p. 232).

Vital (2002), contudo, fornece um interessante argumento para a ausência de sinonímia entre os termos. Reconhece que, inicialmente, estavam umbilicalmente ligados pelo seu uso indistinto pela jurisprudência da Suprema Corte Alemã. Contudo, hoje tal identificação deve ser abandonada, pois ainda que o princípio da proporcionalidade ainda seja lembrado principalmente como instrumento de controle contra os excessos estatais, ele vem sendo usado com a finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a ação deficiente dos poderes estatais. Se antes se falava apenas em proibição do excesso, hoje se discute a proporcionalidade como proibição da deficiência.

3.1 Os subprincípios constitucionais

O princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios ou máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. CANOTILHO (2010) afirma que o princípio da conformidade ou da adequação exige que a medida adotada para a realização

do interesse público seja apropriada à persecução do fim ou fins a ele subjacentes. Portanto, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o ato do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adoção.

3.2 A Adequação

A adequação é o primeiro teste pelo qual deve passar a medida, esta será adequada se ela for apta a atingir o fim a que se destina. O primeiro passo, então, é perquirir a finalidade, por exemplo, de uma lei restritiva de direitos fundamentais. Quais direitos e interesses constitucionalmente protegidos estão sendo almejados por esta lei? A medida restritiva é apta a protegê-los? Se a resposta for positiva, o resultado do teste também o será. Se for negativa, a norma será inconstitucional e deverá ser invalidada. Contudo, "o exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito sob o enfoque negativo: apenas quando inequivocamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada". (TOLEDO, *apud* SARMENTO, 2003, p. 88).

Andréa Barroso Silva de Fragoso Vidal (2013) explica que o subprincípio da adequação é também conhecido como vedação do arbítrio, pois impede que o legislador se valha de uma lei restritiva de direitos fundamentais para perseguir interesses escusos, escondidos sob um manto de legalidade. A legitimidade popular de que goza não pode servir como escudo protetor para medidas arbitrárias, que contrariam os interesses da população e os direitos fundamentais. Assim, os fins perseguidos pela norma restritiva devem ser a proteção de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, e a norma só será adequada se a restrição que estabelece for idônea para protegê-los. Afirma Andréa Barroso que por esta sub-regra busca-se a verificação da compatibilidade entre o meio escolhido pelo poder público e o fim que pretende alcançar. (...) entendemos que essa verificação deve ser realizada de maneira bastante contida pelo poder judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade dos atos, seja do legislativo, seja do executivo, em respeito à separação de poderes.

3.3 A Necessidade

No subprincípio da necessidade exige que a medida restritiva seja a menos gravosa possível para o interessado. Uma medida restritiva de direito fundamental é *necessária,* quando o fim almejado não pode ser cumprido, com a mesma intensidade, através de medida diversa que atinja em menor potencial o direito fundamental em questão.

Paulo Bonavides (2003) contempla o referido elemento invocando os ensinamentos do francês Xavier Philippe, que, como forma de justificar a necessidade, assentou a máxima *de dois males, faz-se mister escolher o menor*. Diz-se ainda – segundo o constitucionalista brasileiro – que a necessidade pode ser também chamada de princípio da escolha do meio mais suave.

Já no exemplo da intervenção federal, além de medida inadequada, não resta configurada a presença da necessidade. Para tanto, usamos as palavras do próprio Min. Gilmar Mendes:

> Manter a condução da Administração estadual sob o comando de um Governador democraticamente eleito, com a ressalva de que esteja o mesmo atuando com boa-fé e com o inequívoco propósito de superar o quadro de inadimplência, é inegavelmente medida menos gravosa que a ruptura na condução administrativa do Estado. Pode-se presumir, ademais, que a chefia do Estado será igualmente eficaz à eventual administração por um interventor, ou, ao menos, não se poderia afirmar, com segurança, que a administração por um interventor, sujeito às inúmeras condicionantes já apontadas, será mais eficaz que a atuação do Governador do Estado. (BRASIL. Intervenção Federal nº 2.915-5)

Paulo Bonavides (2003) contempla o referido elemento invocando os ensinamentos do francês Xavier Philippe, que, como forma de justificar a necessidade, assentou a máxima de dois males, faz-se mister escolher o menor. Diz-se ainda – segundo o constitucionalista brasileiro – que a necessidade pode ser também chamada de princípio da escolha do meio mais suave.

Dessa forma, o exame da necessidade incide em duas circunstâncias: o exame da igualdade de adequação dos meios, verificando se os meios alternativos são hábeis para promover o mesmo fim almejado, e o exame do meio menos restritivo, para verificar qual dos meios alternativos é o menos restritivo do direito fundamental envolvido.

3.4 A Proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, temos a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, a qual só será analisada se a lei restritiva tiver passado pelos testes da adequação e da necessidade. Ou seja, apenas se a medida for considerada apta a atingir o fim e for a menos gravosa dentre todas, poderá ser submetida à apreciação do critério da proporcionalidade em sentido estrito.

Alexy (2008) denomina este subprincípio de máxima de ponderação, pois envolve uma

relação custo-benefício da norma avaliada. Assim, o ônus imposto por ela deve ser inferior ao benefício que ela engendra, sob pena de inconstitucionalidade. Segundo ele, a fórmula mais simples para definir tal postulado, voltando-se aos direitos fundamentais, resume-se na seguinte ideia: quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores há de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.

Essa é a Lei da Ponderação, difundida pelo Tribunal Constitucional Alemão. Assim, formado juízo acerca da adequação e necessidade de determinada medida, cabe ao intérprete efetivar seu sopesamento final, objetivando verificar se o meio utilizado é ou não proporcional ao fim almejado, ou seja, pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

O cerne da questão cinge-se na relação "custo-benefício", colocando em confronto o interesse no bem-estar da comunidade e as garantias individuais, buscando evitar o beneficiamento demasiado de um em detrimento ao outro.

Canotilho (2010) afirma ser este o princípio da justa medida, pois meios e fins deverão ser equacionados num juízo de ponderação, objetivando avaliar se o meio é ou não desproporcional em relação ao fim. Portanto, se o direito afetado pela lei restritiva de direitos fundamentais tiver, no caso concreto, preponderância em relação aos direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que a mesma lei pretende preservar, deverá esta ser declarada inconstitucional, por ofensa à máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Em outros termos, pode ser que uma lei seja apta (adequada) a perseguir os fins legítimos a que se destina, e seja a menos gravosa possível (necessária). Ainda assim, se o direito que ela restringe tiver peso relativo maior em relação ao que ela pretende defender, a norma não será albergada pela Constituição, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, em virtude do não atendimento da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito.

A explanação dos conceitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito comprova a essência da própria ideia de proporcionalidade, sempre voltada para a solução do caso concreto.

4. ANÁLISE DAS COLISÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RESTRIÇÕES

Como bem se sabe, os direitos fundamentais por serem diversos, em determinado momento conflitarão entre si, ocasionando as colisões e com isso um deles terá que ser restringido, sopesado frente ao outro. De modo geral, ocorre quando o exercício de um direito fundamental, pelo respectivo titular colide com o exercício de outro direito fundamental, por outro titular, desse modo, sabendo que não há uma hierarquia entre os direitos e sim meio termo para que possa saber quão vai sobrepesar sobre o outro, assim tanto o legislador como também o Juiz ao se deparar com situações como essas segundo Gilmar Mendes, deve adotar a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum.

4.1 Análise doutrinária

Carlos Augusto Gonçalves Moreira (2017), de início, todo ordenamento jurídico para ser eficiente precisa ser necessariamente harmônico. Assim, quando o legislador constituinte edita uma Lei Maior, busca que esta não tenha em sua redações contradições que poderão colocar a segurança jurídica em xeque. Entretanto, mesmo com toda cautela para que não haja conflito entre seus mandamentos, na prática, em muitas situações concretas é possível identificar diversos direitos que igualmente regulam determinado fato, mas que possuem posições antagônicas.

Entretanto, ainda para Carlos Augusto Gonçalves Moreira, nesse caso, não é possível deixar que todos prevaleçam, porquanto não trariam solução para determinada situação fática e tornaria o Direito praticamente inoperante em alguns momentos. Em virtude disso, buscar-se-á compreender como se dá a solução jurídica quando há colisão (conflito) entre os direitos fundamentais. Para assinalar as espécies de conflitos existentes entre os direitos fundamentais é preciso especificar as situações conflitantes: a) a concorrência; b) a colisão; c) e os conflitos entre o direito fundamental e um bem jurídico tutelado.

José Joaquim Gomes Canotilho (2012) explana que, a concorrência pode se manifestar sob dois modos: a) cruzamento de direitos fundamentais, que ocorre quando o mesmo comportamento de um titular é compreendido na esfera de proteção de diversos direitos, liberdades e garantias; b) e acumulação de direitos, hipótese que um determinado bem jurídico, leva à acumulação, na mesma pessoa, de diversos direitos fundamentais. O Doutrinador português expressa que a colisão ocorre quando, o exercício de um direito fundamental lesa

outro bem jurídico igualmente tutelado pela mesma Lei Maior.

Robert Alexy (2017) ainda explica que, colisão de direitos fundamentais em sentido estrito acontece, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais possui decorrências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais; e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo incide, quando existe uma colisão de direitos individuais fundamentais e bens coletivos tutelados pela Carta Maior.

Segundo Carlos Augusto Gonçalves Moreira (2017) os conflitos entre o direito fundamental e o bem juridicamente tutelado, o qual Canotilho (2012) explana que acontece de dois modos: a) entre diversos titulares de direitos fundamentais; b) entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado. Bernardo Gonçalves Fernandes aduz sobre o crescente uso do princípio da proporcionalidade para solucionar essa colisão dizendo que:

> Se acompanharmos as decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a aplicação de direitos fundamentais (o que inclui os chamados "casos de colisões" entre direitos fundamentais), assim como a leitura que vem estabelecendo entre a relação dos interesses públicos com os privados, veremos que é crescente a utilização de um instrumental importado do direito constitucional alemão, que muitos denominam de ponderação de bens e interesses, com base na aplicação do "princípio da proporcionalidade. (FERNANDES, 2017, p. 229).

A classificação da colisão de direitos fundamentais, segundo Wilson Antônio Steinmetz (2001), se divide em: a) casos rotineiros, também chamados de fáceis ou claros; b) e casos difíceis, igualmente denominados de duvidosos. Com referência aos casos difíceis ou duvidosos, segundo o autor:

> As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis e duvidosos. Assim se caracterizam porque o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. A solução da colisão é necessária além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige sobre tudo a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação *jus* fundamental (STEINMETZ, 2001, p. 69).

Desse modo, afirma Carlos Augusto (2017) que as normas constitucionais, principalmente aquelas que delineiam direitos fundamentais, muitas vezes, se encontram em situações antagônicas, motivo pelo qual, o princípio da proporcionalidade é usado como o melhor instrumento para solucionar tais conflitos. É necessário destacar que o Poder Público mais atuante é sem dúvidas o Poder Judiciário.

Primeiro, em virtude do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, pelo que

dizia STEINMETZ, que compete a este se pronunciar sobre qualquer questão, bastando que seja provocado mediante mecanismos processuais próprios, sendo-lhe, ainda, vedado o *non liquet* (deixar de julgar). Segundo, porque a colisão ocorre em concreto. Terceiro por mais hipóteses de colisão que possam prever, em abstrato, os legisladores constituinte e ordinário nunca poderão oferecer uma enumeração completa.

Apesar de o judiciário ser o mais acionado, a solução pode acontecer pela via legislativa, como expõe Steinmetz (2001, p. 85), "*a) o sistema do processo cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela de mérito; b) a lei 7.783/89 (Lei de Greve); c) a Lei 9.296/96 (interceptação telefônica) e; d) as hipóteses legais de exclusão da ilicitude da interrupção da gravidez*". Quanto ao direito de greve, o autor esclarece que:

> […] é um direito social fundamental consagrado pela Constituição em seu artigo 9º. Contudo, o próprio legislador constituinte previu a possibilidade de ocorrência, em situações fáticas, de colisão entre direito de greve e outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos da comunidade e encarregou o legislador infraconstitucional de definir em lei os serviços ou atividades essenciais, bem como dispor sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (CF/88, art. 9º, § 1º). Por isso, em 28 de junho de 1989 entrou em vigência a Lei nº. 7.783 (STEINMETZ, 2001, p. 71).

Assim, para Carlos Augusto Gonçalves Moreira (2017), o legislador conseguiu dar harmonização entre o direito de greve e o direito do exercício dos serviços ou atividades essenciais. Com relação a interceptação telefônica, o inciso XII, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), consagra como direito fundamental a inviolabilidade das comunicações telefônicas, entretanto, segundo Steinmetz, delegou competência ao:

> […] legislador ordinário para que estabelecessem, em lei, as hipóteses e a forma segundo as quais o Poder Judiciário, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, poderia determinar a interceptação telefônica. Assim, em 24 de julho de 1996, entrou em vigência a Lei nº. 9.296, estabelecendo as hipóteses de admissibilidade da interceptação telefônica por ordem judicial, bem como a forma de requerimento e da decisão (STEINMETZ, 2001, p. 71).

Desse modo, afirma Carlos Augusto Gonçalves Moreira (2017) que vários exemplos legislativos poderiam ser dados, mas por meio desses é possível compreender que o legislador pode prever, em abstrato, colisões que acontecerão em concreto e dessa maneira cominar regras de solução, isto é, explanar qual direito fundamental prevalecerá e em quais ocasiões. Isso é importante para guiar os aplicadores do Direito a dirimir a situação da forma mais apropriada possível. Porém, é importante frisar que diante das diversas possibilidades, não é possível prever todas, motivo pelo qual caberá ao judiciário dirimir os casos concretos interpretando as

regras legislativas.

Em alusão ao Poder Executivo, Steinmetz ensina mais uma vez que:

> O Poder Executivo não poderá dispor sobre direitos fundamentais, seja mediante atividade normativa primária (medidas provisórias e leis delegadas), seja mediante atividade normativa secundária (regulamentos) ou de outros atos normativos veiculados por meio de portarias, resoluções ou circulares. Embora não esteja explícito na Constituição de 1988, é certo que as medidas provisórias dispor sobre a nacionalidade, cidadania e os direitos individuais, políticos e eleitorais (STEINMETZ, 2001, p. 73).

Sintetizando dessa forma, Carlos Augusto Gonçalves Moreira (2017) diz que, o Executivo não possui legitimidade para regular a colisão de direitos fundamentais, pois, compete apenas ao Legislativo prever as possibilidades de Colisões em abstrato e ao Judiciário interpretar e aplicar de modo adequado a regra legislativa, nos casos fáticos. Destarte, na prática os juristas sempre buscam proteger o bem jurídico tutelado mais importante em dado momento.

Para Bárbara Maria Dantas Mendes Ribeiro (2018) as constituições são documentos dialéticos e compromissórios, que consagram valores e interesses diversos, que eventualmente entram em rota de colisão. Neste toar, os direitos fundamentais são direitos heterogêneos e, geralmente, possuem conteúdo aberto e variável, o que ocasiona, com frequência, o choque entre direitos fundamentais. Haverá colisão entre os próprios direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.

Seguindo o pensamento de Bárbara Maria Dantas Mendes Ribeiro (2018) ela diz que quanto às formas de resolver a colisão de direitos fundamentais, há que se verificar, “ab initio”, se a solução dessa colisão é confiada ao legislador, o que ocorre quando o texto constitucional remete à lei ordinária a possibilidade de restringir os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. Com efeito, se, pelo menos, para um dos direitos fundamentais colidentes for previsto pela Constituição a reserva de lei, será possível que o legislador solucione o conflito restringindo o(s) direito(s) sujeito(s) à reserva de lei, não podendo violar o núcleo essencial dos direitos envolvidos. Ao revés, não havendo previsão constitucional de reserva de lei para os direitos fundamentais colidentes, caberá ao Poder Judiciário solucionar o conflito.

Havendo conflito entre regras, o problema se resolverá conforme explica a Bárbara Maria Dantas Mendes Ribeiro (2018) em termos de validade. As duas normas conflitantes não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico e apenas uma delas pode ser declarada válida e pertencente ao ordenamento jurídico. Para solucionar o conflito aparente entre as regras jurídicas, subsistem três critérios, quais sejam, o cronológico, o hierárquico e a

especialidade.

Vale destacar que os supracitados critérios não são capazes de solucionar colisão entre direitos fundamentais, pois estes são expressos em normas contemporâneas albergadas na constituição, não há hierarquia entre os direitos fundamentais e se tratam de normas gerais. Neste toar, os direitos fundamentais são outorgados por normas jurídicas que possuem essencialmente as características de princípios, aplicando-se por essa razão a colisão de princípios quando houver colisão entre direitos fundamentais.

Para Bárbara Maria Dantas Mendes Ribeiro(2018) com efeito, na colisão de princípios, não será ela solucionada suprimindo um em favor de outro. A colisão será solucionada de acordo com o peso ou importância relativa de cada princípio para se escolher qual deles prevalecerá no caso concreto.

Nesse diapasão, Edilsom Farias destaca a doutrina de Robert Alexy, o qual fala que as contradições de normas em sentido amplo que tem lugar dentro do ordenamento jurídico são sempre colisões de princípios e as colisões de princípios sucedem sempre dentro do ordenamento jurídico. Isto põe claramente, de manifesto que o conceito de colisão de princípios pressupõe a validade dos princípios que entram em colisão.

Segundo Canotilho e Vital Moreira, inicialmente se faz necessário que o intérprete-aplicador determine o Tatbestand (âmbito de proteção) dos direitos envolvidos, isto é, aquelas situações que de fato são protegidas pela norma constitucional, visando verificar se há ou não verdadeira colisão. Verificada, no entanto, a existência de uma autêntica colisão de direitos fundamentais, cabe ao intérprete-aplicador realizar a ponderação dos direitos envolvidos, guiando-se para tanto pelos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, dentre outros, conforme destaca Edilsom Farias.

Para Bárbara Maria Dantas Mendes Ribeiro (2018) o princípio da unidade da constituição requer "*a contemplação da Constituição como um todo, a compreensão do texto constitucional como um sistema que necessita compatibilizar preceitos discrepantes*". O princípio da concordância prática ou da harmonização é decorrência do princípio da unidade constitucional.

No que tange à máxima da proporcionalidade, destacam-se três máximas parciais, as quais explica Bárbara Maria Dantas Mendes Ribeiro (2018): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Com fulcro nas lições de Virgílio Afonso da Silva, a adequação consigna que "*não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado*".

Segundo Bárbara Maria Dantas Mendes Ribeiro (2018) com efeito, o processo da ponderação ocorre de forma racional, sendo que, a preferência de um direito sobre outro oposto num caso concreto de colisão de direitos fundamentais. Essa fundamentação consiste na lei da ponderação elaborada por Robert Alexy (1993), ao consignar que quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, maior tem que ser a importância da satisfação do outro.

4.2 Análise jurisprudenciais

Conforme já visto ao ocorrer a tensão entre dois princípios reconhecidos pelo ordenamento constitucional em vigor, conforme diz Lorena Duarte Lopes Maia (2012), o de menor peso, de acordo com as circunstâncias e condições inerentes ao caso concreto, abdica do seu lugar ao de maior valor, em uma relação de precedência condicionada. É diferente do que ocorre com os conflitos entre regras, não são estipuladas cláusulas de exceção, pois, senão, estar-se-ia limitando o princípio constitucional para situações futuras, quando poderá preceder frente a outros valores com os quais entre em colisão. Busca-se, pelo princípio da ponderação, decidir, ante as condições do caso, qual valor possui maior peso, devendo prevalecer na situação.

A ponderação para Lorena Duarte Lopes Maia (2012), entre os princípios constitucionais é tarefa das mais complexas e importantes para a manutenção da ordem constitucional coesa. Por essa razão é enorme a responsabilidade do Poder Judiciário, principalmente das Cortes Supremas dos Estados, quando do controle da constitucionalidade de leis restritivas de direitos, bem como da solução de tensões entre direitos fundamentais amparados pela Constituição, colidentes no caso concreto. Há na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alguns famosos casos em que foi utilizada a ponderação entre princípios fundamentais.

4.2.1 Exame de sangue forçado em investigação de paternidade. Integridade física *versus* direito ao conhecimento da paternidade

Cita Lorena Duarte Lopes Maia (2012) o famoso caso presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no qual se utilizou a ponderação entre princípios diz respeito a uma ação declaratória, de rito ordinário, nele uma criança investigava a paternidade de seu suposto pai. O Juízo da Segunda Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre determinou a realização de exame de ADN (ácido desoxirribonucléico), com o objetivo de resolver a

controvérsia. No entanto, o suposto pai se negou à colheita de sangue, sendo determinada, por essa razão, a execução forçada da ordem judicial, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (STF, 2010).

Após essa decisão, Lorena Duarte Lopes Maia (2012), afirma que em razão do suposto pai estar na iminência de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por decisão do Tribunal de Justiça Riograndense, foi impetrado o pedido de "*Habeas Corpus*" ao Supremo Tribunal Federal, onde a questão foi analisada. Por uma maioria de seis votos contra quatro, o Plenário do STF concedeu o *habeas corpus*, após tormentosos debates.

A corrente não prevalente sustentou que o direito ao conhecimento da real paternidade da criança deveria sobrepor-se ao da integridade física do pai, como informa Mendes (2008, p. 287).

A corrente vitoriosa, pelo que informa a Lorena Duarte Lopes Maia (2012), liderada pelo voto do Ministro Marco Aurélio entendeu, porém, que o direito à intangibilidade do corpo humano não deveria ceder, na espécie, para possibilitar a feitura de prova em juízo. Fica claro que, no caso em análise, o que se ponderou não foi o direito da criança em conhecer a identidade paterna versus a intangibilidade do corpo humano, o que se julgou foi a necessidade de forçar um ser humano a dispor da integridade do seu corpo para que se pudesse fazer prova em um processo judicial.

Segundo Lorena Duarte Lopes Maia (2012), para alguns a decisão do Supremo não parece ser a mais acertada ao conceder habeas corpus para o pai não fazer o exame de forma forçada, alguns entendem que o direito do filho em conhecer sua verdadeira paternidade deveria prevalecer sobre o direito a integridade física, que seria ferida de maneira mínima ao se realizar o exame de sangue.

De acordo com Cristóvam (2010, p.14), nesse caso o STF teve uma decisão equivocada, pois o sacrifício imposto ao suposto pai é ínfimo frente ao direito da criança em conhecer a sua verdadeira origem genética, tal direito seria "própria extensão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º, inciso III da Constituição da República".

Entretanto, para Lorena Duarte Lopes Maia (2012), deve-se ficar claro, que o que se ponderou não foi o direito do filho em conhecer a paternidade, e sim a obtenção de uma prova judicial de maneira forçada ao direito do pai de manter a sua integridade física, posto que se poderia obter a prova judicial de diversas outras maneiras. Portanto, parece acertada a decisão do Supremo em decidir pela não imposição de realização do exame de DNA de maneira forçada nesse caso, em razão da prevalência da integridade física sobre a necessidade de realização de prova judicial.

4.2.2 Caso Glória Trévi. Direito à intimidade versus direito a honra

Cita outro caso a Lorena Duarte Lopes Maia (2012), que tomou enormes proporções pela divulgação na mídia nacional e internacional é o suposto "estupro carcerário" sofrido pela cantora mexicana Glória Trevi. A cantora estava sendo investigada em seu país por envolvimento em rumoroso escândalo sexual envolvendo abuso de crianças e adolescentes, em razão disso fugiu para o Brasil, sendo presa em seguida. (STF, 2010).

Para surpresa geral, a cantora apareceu grávida quando estava sob custódia da polícia federal brasileira. Segundo Lorena Duarte Lopes Maia (2012), a versão da suposta vítima, a gravidez foi decorrente de um estupro praticado por policiais federais responsáveis por sua guarda. Os mesmos policiais negaram enfaticamente sua participação no crime. O caso em tela colocava em risco a reputação das instituições brasileiras, considerando a possibilidade de agentes da Polícia Federal terem cometido tal absurdo atentado, um crime hediondo como o estupro.

Como informa Lane (2004, p. 14), a vítima, na ocasião, não representou os supostos autores criminalmente, não podendo o Estado promover ação penal contra eventuais agressores da extraditada. Ainda assim, os propensos criminosos poderiam vir a sofrer sanções administrativas.

Conforme informa Marmelstein (2008, p. 398), com o objetivo de esclarecer a questão, os policiais federais requisitaram ao Poder Judiciário brasileiro autorização para a coleta de material genético da placenta da cantora mexicana, no memento do parto, para a realização de exame de DNA com a finalidade de instruir o inquérito policial aberto para apurar das acusações de estupro feitas pela extraditada.

Afirma Lorena Duarte Lopes Maia (2012), que tal autorização foi deferida pela Justiça Federal brasileira, entretanto a cantora ingressou com reclamação frente ao STF. A extraditanda era definitivamente contrária à coleta de qualquer material a ser recolhido em seu parto. O supremo foi, em parte, favorável à cantora por entender que a autorização só poderia ser concedida por aquele Tribunal, em razão da extraditanda estar sob custódia, aguardando o trâmite do seu processo de extradição.

Apesar de haver acolhido a reclamação por usurpação de competência, no mérito, cita Lorena Duarte Lopes Maia (2012), que o Supremo deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da cantora mexicana, utilizando a técnica da ponderação dos valores constitucionais em colisão. A extraditanda utilizou precedentes a seu

favor, afirmando que a Corte Brasileira considera a realização do exame como uma lesão à intimidade e à intangibilidade corporal, além de ser uma grave afronta à dignidade da pessoa humana.

Como argumentos apresentados a favor da cantora, Lorena Duarte Lopes Maia (2012), fala que se pode afirmar que a "extraditanda goza, enquanto pessoa humana e mãe, do direito exclusivo de autorizar ou não a realização do exame material genético dela e de seu filho". Considera-se ainda que a apreensão de material à sua revelia é uma extrema invasão na sua intimidade e vida privada, direitos estes protegidos pela Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos X e XLIX. Argumentos utilizados pelos advogados da autora na citada reclamação, e reproduzidos por Lane (2004, p. 17).

Cita Lorena Duarte Lopes Maia (2012) que em relação aos argumentos contrários a pretensão da autora da reclamação de não se realizar o exame de DNA pode-se citar:

> O exame de DNA seria o único meio de esclarecer as circunstâncias da gravidez e com isso apurar as responsabilidades administrativas e penais; considera-se importante que os policiais federais que se encontravam trabalhando e na custódia comprometeram-se espontaneamente a fornecer material genético; a mídia deu contornos nacionais ao caso questionando instituições brasileiras; há o interesse do outro país, México; estão envolvidos 50 policias e 11 detentos e ex-detentos com o interesse de buscar a verdade real em favor da defesa da honra e dignidade; o direito à intimidade da extraditanda é numérica e substancialmente inferior dos 61 injustiçados e da criança acerca de sua paternidade; não há qualquer procedimento invasivo na coleta da placenta, considerada como "lixo biológico. (LANE, 2004, p. 17)

A partir da análise dos argumentos, afirma a Lorena Duarte Lopes Maia (2012), pelo qual decidiu-se pela realização do exame de DNA para se confirmar ou excluir a paternidade da criança pelos acusados, em consequência apurar a ocorrência do suposto estupro, ao final, realizou-se o exame e concluiu-se pela negativa da paternidade pelos policiais federais que custodiavam a extraditanda, restabelecendo-se a honra desses cidadãos, concluiu-se que o verdadeiro pai da criança era o namorado da cantora, muito embora a forma como se deu concepção permaneça um mistério, conforme salienta Marmelstein (2008, p. 399).

4.2.3 direitos de imagem e o direito de imprensa

Corriqueiramente o judiciário brasileiro se depara com situações em que precisa sopesar os direitos fundamentais conflitantes, fazendo com que um prevaleça ou que se coadunem para poderem regular determinado caso concreto e segundo diz Carlos Augusto Gonçalves Moreira

(2017), o Colendo Supremo Tribunal Federal (STF) também tem enfrentado essa controvérsia com a finalidade precípua em trazer a melhor solução e a consequente paz social. No julgado a seguir a Corte Suprema decidiu que o direito de imagem deveria prevalecer sobre o direito de imprensa:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL. DANO MORAL. DIREITO DE IMAGEM. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE Nº 739.382. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. 1. O dano moral, quando aferido pelas instâncias ordinárias, não revela repercussão geral apta a dar seguimento ao apelo extremo, consoante decidido pelo Plenário virtual do STF, na análise do ARE nº 739.382, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes. 2. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: CONSTITUCIONAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS. REPORTAGEM VEICULADA POR EMISSORA DE TELEVISÃO. FRAUDE EM CONCURSO PÚBLICO. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. VIOLAÇÃO À HONRA E IMAGEM DO AUTOR. EXPOSIÇÃO VEXATÓRIA. ATO IMPUTADO A PREPOSTO DA PROMOVIDA. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. 3. Agravo regimental DESPROVIDO. (BRASIL, 2013, p. 1).

Conforme diz o Carlos Augusto Gonçalves Moreira (2017), nota-se pelo julgado acima que o direito à honra e imagem prevalece sobre fatos inverídicos, devendo a parte violadora ser responsabilizada pelos prejuízos causados. Nada mais justo, pois todo ser humano na prática precisa dispor de boa reputação para poder ter um convívio social saudável e se isto é quebrado o futuro da pessoa pode ser prejudicado permanentemente.

4.2.4. Direito à vida e saúde e os interesses econômicos do Estado

Outra jurisprudência proveniente do STF e pelo que diz Carlos Augusto Gonçalves Moreira (2017), demonstra que o direito fundamental à vida e à saúde também costumam se sobrepor aos interesses secundários do Estado. Enfatiza-se que, a teoria de Alexy é usada para determinar qual direito fundamental deve prevalecer em determinada situação concreta. No julgado acima, acertadamente o direito à vida e à saúde não ficaram subjugados por interesses econômicos diversos dos entes federativos. Interessante perceber que os julgadores usam o juízo de ponderação para chegar ao veredito:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DO

> TRATAMENTO ADEQUADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. PRECEDENTES. […]. O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014, p. 1).

4.2.5 Direito à imagem e direito à informação/publicitação

Tal qual fala diz Carlos Augusto Gonçalves Moreira (2017), em âmbito estadual, os Tribunais têm seguido o mesmo entendimento expressado pela Suprema Corte brasileira e têm feito a compatibilização dos direitos fundamentais quando estiverem em clara colisão. A jurisprudência adiante é derivada do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo (TJSP), nela a parte se sentia prejudicada por ter sua imagem prejudicada pela publicidade de atos processuais em *sites* jurídicos e mecanismos de busca sem qualquer liame com o Tribunal paulista:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – SIGILO – PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS – ROL EXEMPLIFICATIVO – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – COMPATIBILIZAÇÃO – PROPORCIONALIDADE – DECRETO. […] – Incômodo da autora com relação à indexação dos dados remetidos ao Diário de Justiça Eletrônico em mecanismos de busca e *sites* jurídicos sem qualquer vínculo ao TJSP. Cognoscível a ausência de interesse público na publicidade da moléstia da demandante, cuja restrição ao acesso dos atos processuais é razoável e proporcional para evitar os reflexos deletérios apurados; AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (SÃO PAULO, 2015, p. 1).

Desse modo, pelo que cita diz Carlos Augusto Gonçalves Moreira (2017), o Poder Judiciário faz o seu papel constitucional ao coadunar os direitos fundamentais conflitantes para que estes gerem os efeitos desejados para proteger o bem jurídico tutelado mais importante, em determinado caso concreto.

Salienta-se que, de um modo geral foi possível perceber que alguns desses direitos colidem com mais frequência, como exemplo: a) direito à vida e à saúde *versus* interesses financeiros estatais; b) e direito à honra *versus* direito à liberdade de informação.

Ainda, para diz Carlos Augusto (2017), o juízo de ponderação, mediado pelo princípio da proporcionalidade, tem auxiliado largamente os julgadores brasileiros a aplicar o direito da maneira mais apropriada possível, porquanto fazer com que determinados bens jurídicos fiquem mais protegidos do que outros, em dada circunstância e período, torna concreto esse objetivo, qual seja, o de fazer com que o sistema legal produza justiça. Assim, a jurisprudência, a doutrina

e a legislação vigente apresentam soluções jurídicas que visam permitir que determinado direito fundamental prevaleça ou que os mesmos sejam compatibilizados para atender ao escopo principal do Direito, qual seja, praticar e tornar real a justiça.

CONCLUSÃO

No presente trabalho buscou-se entender o que são os direitos fundamentais, sua importância dentro do ordenamento constitucional contemporâneo, para que a partir desse ponto fosse possível desvendar como se solucionam os conflitos envolvendo esses direitos.

Destaque-se que existe uma diferença entre os termos direitos fundamentais e direitos humanos, na qual os últimos se referem a direitos internacionalmente considerados, enquanto que àqueles são os direitos previstos como tal na Constituição de determinado estado.

Sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais ficou estabelecido que a própria Constituição Federal confere aplicabilidade imediata aos mesmos. Em relação aos direitos fundamentais, é indiscutível a importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, este visto como valor supremo a servir de base para todos os direitos fundamentais.

Uma das mais relevantes características dos direitos em análise é a sua relatividade, ou seja, os direitos fundamentais não são revestidos de caráter absoluto, em caso de conflitos entres eles, deve-se ponderar para que prevaleça o mais adequado ao caso concreto. Considerar os direitos fundamentais como princípios significa, portanto, aceitar que não há direitos com caráter absoluto, já que eles são passíveis de restrições recíprocas.

A partir do pós-positivismo, os direitos fundamentais adquirem caráter de norma jurídica, assim como as regras, ou seja, sua aplicabilidade não é mais pretendida e sim obrigatória, possuem normatividade. Os princípios se diferenciam das regras, em geral, as regras possuem caráter considerado mais objetivo, com aplicação restrita às situações específicas que regulamentam. Já em relação aos princípios, estes possuem mais conteúdo abstrato e incidem sobre inúmeras situações. Não existe hierarquia entre ambas as categorias, em razão do princípio unidade da Constituição Federal.

Os conflitos entre regras jurídicas se resolvem no campo da validade. Já os princípios, esses são atemporais, não perdem a validade, a solução no caso de conflitos é resolvida através da valoração de cada diante do caso concreto através da técnica de ponderação.

Os conflitos entre Direitos Fundamentais surgem por vivermos em um Estado Democrático de Direito, e como tal a nossa Constituição Federal reflete inúmeras ideologias diferentes através dos direitos fundamentais positivados. Essas ideologias, por diversas vezes acabam chocando-se entre si. O princípio da proporcionalidade é o meio através do qual se operacionaliza o método da ponderação entre direitos fundamentais para se solucionar as colisões.

Objetivando resolver as colisões entre princípios, utiliza-se o método de ponderação entre princípios constitucionais. Após concluir pela necessidade da ponderação, deve-se buscar no caso concreto, os limites imanentes dos princípios envolvidos para se ter certeza da existência real do conflito entre eles. Passada essa etapa realiza-se o sopesamento entre os valores em questão, solucionando-se o conflito, isso ocorre através da Argumentação Jurídica, conforme explicado ao longo do texto.

Para não se correr o risco de se cometer equívocos na utilização da técnica da ponderação, existem limites para sua utilização. Entre esses limites está a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Ainda como limite à atividade da ponderação está a Dignidade da Pessoa Humana, que afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação entre princípios constitucionais.

A ponderação entre princípios constitucionais é tarefa das mais complexas e importantes para a manutenção da ordem constitucional coesa. Sendo assim, foram analisados casos em que o Supremo Tribunal Federal utilizou a técnica da ponderação entre princípios para solucionar conflitos. Buscou-se dessa forma reunir as informações pertinentes sobre o tema direitos fundamentais e a ponderação entre direitos fundamentais, através da análise de casos existentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais.** 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

DAMACENO, Gian Carlos. Há colisão de direitos fundamentais? **JUS.COM.BR.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32635/ha-colisao-de-direitos-fundamentais> Acesso em 01/05/2020

DE OLIVEIRA, Caio Vinícius Carvalho. As diferenças entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e sua correta aplicação em nosso ordenamento jurídico. **JUS.COM.BR.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22438/as-diferencas-entre-os-principios-da-razoabilidade-e-da-proporcionalidade-e-sua-correta-aplicacao-em-nosso-ordenamento-juridico/3> Acesso em: 07/10/2019

Direitos fundamentais: origem, dimensões e características. **CONTEÚDO JURÍDICO.** Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50756/direitos-fundamentais-origem-dimensoes-e-caracteristicas> Acesso em: 03/10/2019

Importância do princípio da dignidade humana. **CONSULTOR JURÍDICO.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jan

23/importancia_principio_dignidade_humana_constituicao_88> Acesso em: 06/10/2019

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

_____. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RAMOS, Diego da Silva. O princípio da proporcionalidade. **DIREITO NET.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5865/O-principio-da-proporcionalidade> Acesso em: 06/10/2019

NASCIMENTO, Marina Georgia de Oliveira e. O Princípio Constitucional da Proporcionalidade. **CONTEÚDO JURÍDICO.** Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39770/o-principio-constitucional-da-proporcionalidade> Acesso em: 06/10/2019

VICTORINO, Fábio Rodrigo. Princípio da proporcionalidade e seus três subelementos. **CONTEÚDO JURÍDICO.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39791/principio-da-proporcionalidade-e-seus-tres-subelementos> Acesso em: 07/10/2019

NASCIMENTO, Marina Georgia de Oliveira E. O princípio constitucional da proporcionalidade. **CONTEÚDO JURÍDICO.** Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39770/o-principio-constitucional-da-proporcionalidade> Acesso em 02/10/2019

RIBEIRO, Bárbara Maria Dantas Mendes. Colisão de direitos fundamentais. **JUS.COM.BR**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67467/colisao-de-direitos-fundamentais/2> Acesso em 20/04/2020

MOREIRA, Carlos Augusto Gonçalves Moreira. A colisão entre direitos fundamentais e formas de solucionar a questão juridicamente. **ÂMBITO JURÍDICO.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-colisao-entre-direitos-fundamentais-e-formas-de-solucionar-a-questao-juridicamente/> Acesso em 20/04/2020

MAIA, Lorena Duarte Lopes. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. **ÂMBITO JURÍDICO.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/colisao-de-direitos-fundamentais-visao-do-supremo-tribunal-federal/> Acesso em 20/04/2020

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016, *e-book*.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, III, n. 9, maio 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3941>. Acesso em: 01/10/2019

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 2178579-**

14.2015.8.26.0000. Trigésima Câmara de Direito Privado. Relatora: Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti. São Paulo. Julgado em: 11 nov. 2015. Publicado em: 13 nov. 2015. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255830465/agravo-de-instrumento-ai-21785791420158260000-sp-2178579-1420158260000>. Acesso em: 30/10/2019

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais, Proteção e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 229-230p.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais. v. 798. 2002. p. 36. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179> Acesso em: 05/05/2019

FILIPE DE ALMEIDA BATISTA

APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia de Conclusão de Curso apresentada como pré-requisito para obtenção de título de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília.

Orientadora: Prof.ª. Me. Jane de O. R. de Almeida

Brasília
2020/1

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pois sem Ele em minha vida, não estaria aqui. Um Deus fiel, companheiro, amigo, bondoso e misericordioso, que mesmo falhando como homem, Ele jamais me deixou desamparado em toda minha vida e principalmente nesta jornada que estou terminando. Como fala em uma passagem da bíblia que estar em Gênesis 22:7: “e disse Abraão: Deus proverá para si o cordeiro para o holocausto, meu filho”. E em todos os dias de minha vida Deus tem provido tudo para mim, principalmente que este cordeiro, que é Jesus.

Quero agradecer a minha família, por nunca ter me deixado desistir, em todos estes 5 anos de estudos, tive problemas familiares, emocionais e de saúde, e este por último, onde mais sofri, passando situações difíceis, mas minha família jamais deixou de estar ao meu lado, me incentivando, e principalmente me colocando de pé para continuar esta jornada, que ainda só está começando.

Também quero agradecer a minha Orientadora Jane Almeida, onde não foi só uma professora de estágio, mas foi uma amiga, uma mãe para mim, onde em um dos momentos mais difíceis que passava em minha vida, esta professora, com seu jeito irreverente, atenciosa e sábia em conversar, soube me ajudar e me mostrou que mesmo quando cairmos, temos que aprender a se levantar, por mais difícil que seja, temos que nos levantar por que sempre há algo melhor lá na frente. Por isso, quero deixar um grande abraço para esta professora, que mesmo com as brigas, puxões de orelha, os gritos (com todo respeito), foi e ainda é uma professora linda, maravilhosa e sábia.

Quero agradecer a todos os professores que pude ter o privilégio de aprender, e saber que sairei desta faculdade, carregando grandes ensinamentos e experiências para toda a vida.

RESUMO

O trabalho tem por objetivo o estudo doutrinário e jurisprudencial acerca da teoria da Cegueira Deliberada e sua aplicabilidade no direito brasileiro. Age em cegueira deliberada quem cria estratégias para não tomar conhecimento de elementos do tipo penal e quem deixa de investigar suspeita acerca de situação delituosa em que está inserido. O direito brasileiro desenvolveu-se baseado na dogmática alemã do finalismo, enquanto o direito anglo-saxão não encontra relação direta com desenvolvimento de teoria do delito, mas tem características próprias de sistema causalista. A teoria em apreço foi importada do direito estrangeiro e vem sendo aplicada erroneamente pelos julgadores brasileiros com os conceitos próprios do *common law*, em presunção de conhecimento sobre elementos do tipo penal. A jurisprudência, na tentativa de livrar-se do ônus da prova do elemento subjetivo do crime, equipara a teoria ao instituto do dolo eventual brasileiro. Apesar do equívoco na transposição literal da teoria ao Brasil, a figura é adaptável ao ordenamento jurídico pátrio, sugerindo-se, porém, criação legislativa que enquadre a teoria como nova modalidade de imputação subjetiva.

Palavras chave: Direito Penal; Teoria da Cegueira Deliberada; Dolo eventual; Finalismo; Elemento subjetivo do crime.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO11
2. OS SISTEMAS PENAIS BRASILEIRO (CIVIL LAW) E NORTE-AMERICANO (COMMON LAW) E A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA13
2.1 O PERFIL DO ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO13
2.1.1 O modelo causal adotado pelo Sistema Penal do EUA15
2.1.2 Conceito e delimitação da Teoria da Cegueira Deliberada17
2.1.3 Histórico da Teoria no Direito Anglo-Saxão20
3. A ESTRUTURA DAS TEORIAS DA AÇÃO E SUA CONSEQUÊNCIA NO PANORÂMA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME 22
3.1 DAS TEORIAS DA AÇÃO23
3.1.1 Causalismo24
3.1.2 Finalismo 25
3.2 AS CONSEQUÊNCIAS DAS TEORIAS DA AÇÃO NO CONCEITO DE DOLO27
3.2.1 A evolução histórica do dolo27
3.2.2 As teorias do dolo30
4. DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO31
4.1. Da lógica do dever de cuidado 31
4.2 Do Princípio da alta probabilidade como justificativa de aplicação 33
4.3 Da equivalência da cegueira deliberada com o dolo eventual34
4.3.1 Dos julgados brasileiros acerca do assunto 37
4.3.2 A aplicação da teoria pelo Supremo Tribunal Espanhol 42
4.3.3 A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro 43
4.4 Modos de enfrentamento da teoria frente ao Direito brasileiro45
4.4.1 Da impossibilidade de aplicação da teoria do erro 45
4.4.2 Da solução para a cegueira deliberada em sentido estrito 46
4.4.3 A proposta para a ignorância deliberada 47
CONCLUSÃO49
REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A Teoria da Cegueira Deliberada, tem sua origem no direito anglo-saxão, com características típicas de instituto advindo do *common law*. Por meio desta teoria, busca-se atribuir ao agente que pratica um delito em desconhecimento de elementos do tipo, cabendo-lhe uma responsabilidade criminal, porque manteve-se cego deliberadamente diante da suspeita de crime. Tal teoria, vem sendo aplicada em casos de delitos contra o sistema financeiro, como a lavagem de dinheiro, e em casos de tráfico de entorpecentes e crimes contra a Administração Pública.

Do referido momento, tal Teoria, vem tendo sua aplicabilidade aos países adeptos à *civil law.* No Brasil, vem sendo aplicada como uma extensão do dolo eventual, que é aquele que se põe de forma intencionalmente em uma situação de ignorância a respeito dos fatos.

Ocorre que existem poucos estudos de análise a respeito do conceito de dolo para aplicabilidade da Teoria no Ordenamento Jurídico Brasileiro, no aspecto legal.

Apesar da falta de estudos doutrinários profundos, tal teoria vem ganhando espaço na jurisprudência. Tendo sua aplicação em julgamentos de crimes de estelionato, crimes eleitorais. O mais recente caso de sua utilização, foi uma discussão promovida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 470, para a aplicabilidade da teoria no direito brasileiro, aos crimes de lavagem de dinheiro.

A possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito brasileiro tem tido muita divergência entre os estudiosos, tem-se aqueles que defendem que a teoria não passa de dolo eventual, e outros que defendem que não possui aplicabilidade ao direito brasileiro.

Mas segundo palavras do magistrado Sérgio Fernando Moro "As construções em torno da cegueira deliberada assemelham-se, de certa forma, ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira". Portanto a teoria da cegueira deliberada ocorre quando um agente finge não enxergar a ilicitude da procedência de bens, direitos e valores, com o intuito de obter vantagens.

Para melhor entendimento quanto a aplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada com o Ordenamento Jurídico Brasileiro, faz-se necessário uma análise mais profunda quanto ao desenvolvimento da teoria do delito, com as teorias da ação, que tiveram influência direta nos contornos do elemento subjetivo do crime, que será como

objeto de pesquisa o primeiro capítulo do estudo.

O exame dos sistemas penais brasileiros e norte-americano, será análise na segunda parte do trabalho, para compreender o panorama de elemento subjetivo do crime adotado pelos países, mostrando aspectos quanto da sua origem e histórico da teoria, tendo seu conceito e delimitação.

Tendo por último, análise da aplicabilidade em casos julgados no Brasil, tendo como forma, a investigação da importância de tal instituto.

2 OS SISTEMAS PENAIS BRASILEIRO (CIVIL LAW) E NORTE-AMERICANO (COMMON LAW) E A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

2.1 O perfil do elemento subjetivo do crime no ordenamento Jurídico Brasileiro

O Código Penal brasileiro, trata o conceito de crimes dolosos e culposos em seu art. 18:

> Art. 18. Diz-se Crime: Crime doloso I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;
> Crime culposo
> II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.
> Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (CÓDIGO PENAL, 1940, Decreto-Lei 2.848).

Assim, na forma do previsto legalmente, dolo é querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo. Para que se tenha o requisito mínimo para a configuração do dolo é a representação do resultado lesivo, sendo, por isso, a teoria da representação pressuposto lógico das demais. No entanto, a mera representação mental de tal resultado não enseja a responsabilidade criminal do agente, devendo o autor desejar realizar a conduta ou, no mínimo, aceitar seu resultado e não se importar com sua ocorrência. (GRECO, 2017, p. 320).

Com base na redação do art. 18, I (Código Penal, 1940) e na esteira de GRECO (2017) e BITTENCOURT (2019), o Código penal brasileiro adotou as teorias da vontade e do consentimento, não admitindo a teoria da representação. A primeira parte do dispositivo diz respeito à teoria da vontade e faz referência à espécie do dolo direito, que nas palavras de Greco, o “dolo por excelência”. (BITTENCOURT, 2019, p. 234, apud GRECO, 2017, p. 319).

A diferença entre elas é a escolha dos meios para que se alcance o resultado e dos efeitos colaterais da conduta. Dessa forma, antes da fase externa da ação, o agente passa pela de realização interna, que são considerados os efeitos colaterais de sua conduta.

Na lição de SANTOS (2010), a representação destes efeitos colaterais (que podem ser necessários ou possíveis) tem influência direta na configuração do dolo ou da culpa. Os efeitos colaterais não representados pelo agente, não podem ser considerados como incluídos em sua consciência, tampouco em sua vontade. Caracterizada, assim, a

culpa inconsciente, em que há previsibilidade do resultado, faltando representação para o agente. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 54).

Os efeitos colaterais necessários integram-se à vontade do autor, mesmo que inicialmente indesejados, o que configura dolo de segundo grau. (GRECO, 2017, p. 321).

Por outo lado, caso sejam os efeitos colaterais representados pelo agente como possíveis, estes sempre integrarão sua consciência. Se o autor não se conforma com os efeitos, confiando na sua não ocorrência, estes não se incluirão em sua vontade, podendo ser atribuídos ao autor à título de culpa consciente, caso haja previsão legal, na forma do parágrafo único do art. 18 do Código penal. (CÓDIGO PENAL, 1940, Decreto-Lei 2.848).

Nas palavras de CONDE (1987), quando age com dolo eventual, "o sujeito não quer[diretamente] o resultado, mas conta com ele, admite sua produção, assume o risco etc.". Inegável a influência da teoria do consentimento, tendo em vista a ausência de desejo direto do agente de causar o resultado. (CONDE, 1987, p. 60, apud GRECO, 2017, p. 321).

Para acarretar na absolvição do autor, a doutrina tem um grande desafio perante a distinção do dolo eventual e culpa consciente, tendo em vista, a excepcionalidade do tipo legal doloso. Para tanto, é comum a utilização da teoria positiva do consentimento de FRANK (2013) para a identificação do dolo, assim:

> Segundo Frank, haveria imputação por dolo eventual, e não mera culpa consciente quando a previsibilidade do resultado (que é comum aos dois meios de imputação: tanto na culpa como no dolo eventual) não impedisse a conduta do agente. Num exemplo grosseiro: quando o sujeito, prevendo o resultado como possível, agisse sem se importar com a sua ocorrência, haveria dolo eventual; de outro lado, quando ao agente for previsível um resultado incapaz de desencorajá-lo a agir, mas porque ele acredita e espera sinceramente na sua não ocorrência, haveria mera culpa. (FILHO, 2013).

Não obstante tais disposições ocorrerem da redação do art. 18, cópia fiel do antigo art. 15 do Código penal, no Código de 1940, antes de ter sua Parte Geral reformada pela lei n. 7.209/1984, o elemento subjetivo do crime era tratado diferentemente dos dias atuais.

O antigo diploma legal tinha ideias vinculadas ao modelo clássico de ação: ainda na vigência da teoria psicológica-normativa da culpabilidade, o dolo e a culpa consistiam em elementos da culpabilidade, que eram analisados pelo julgador ao lado da consciência da ilicitude somente no momento da sentença.

Nesse sentido, a redação antiga do art. 42 do CP previa a "intensidade do dolo e da culpa" como circunstância a ser observada no final do processo penal, quando se decidia se o agente teria agido com dolo ou com culpa. (CÓDIGO PENAL, 1940, Decreto-Lei 2.848).

Com o advento da Reforma de 1984, nova orientação teórica passou a guiar o sistema penal brasileiro, com a fixação de modo definitivo do finalismo no Brasil. Em que pesem as controvérsias, a parte geral do código penal brasileiro adotou o sistema finalista da ação, trazendo mudanças a refletir na teoria do crime e na estrutura da culpabilidade no sentido dos princípios de tal teoria. (JESUS, 2007, p. 3-4).

A nova norma, elaborada por comissão de doutrinadores que adotavam o finalismo em suas obras, estabelecendo-se de forma definitiva a culpabilidade com elementos exclusivamente normativos (teoria normativa pura), deslocando o dolo e a culpa ao tipo penal, devido ao conceito de dolo natural adotado pelos finalistas, com a finalidade do criminoso sempre vinculada à sua conduta, dissociada da necessidade de consciência de ilicitude. (CARVALHO, 2015, p. 58).

Prova do deslocamento do dolo e da culpa ao tipo penal e da acolhida de conceito natural de dolo é a disposição do art. 20 do Código Penal, que reza que "o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. " (CÓDIGO PENAL, 1940, Decreto-Lei 2.848).

2.1.1 O modelo causal adotado pelo sistema penal dos EUA

O desenvolvimento da teoria do delito atrelado à elaboração das teorias causalista e finalista teve por berço sistemas continentais de influência germânica. Nesses sistemas, eram adeptos ao *civil law* (estrutura jurídica do sistema criminal brasileiro, em que a principal fonte de direito é a lei), a interpretação da conduta criminosa que é guiada por meio das teorias da ação.

Já nos países de jurisdição de *common law*, em que a jurisprudência predomina sob o texto legal, não há preocupação com construção de teoria do crime. As teorias da pena no direito anglo-saxão, afetavam a maior parte do direito penal e ajudavam a moldar a teoria do delito. (HERMIDA, 2007, p. 192).

Neste sentido, duas escolas com ideias divergentes entre si dominam o sistema do *common law*, que estipulou regras mistas, provenientes de ambas as teorias: o utilitarismo (baseado na ideia da pena como prevenção do crime) e o retributivismo (pena

é fim em si mesmo, aplicada como dever moral de justiça). (HERMIDA, 2007, p. 196 e GRECO, 2017, p. 73-76).

Não obstante a carência de desenvolvimento de teoria do crime, segundo HERMIDA (2007), todos os delitos teriam estrutura comum no *common law*, sendo os elementos essenciais de qualquer o delito o *actus reus* e a *mens rea*, somados à ausência de justificações e defesas.

Até o século XIX, o conceito de dolo na *common law* era tido como algo "constituído pela concorrência de uma mente que busca o mau". O *mens rea* (mentalidade criminosa) serviria para identificar a culpabilidade da conduta do réu para fins de responsabilidade criminal, e assim, os julgados apresentavam alto grau de subjetividade, sempre considerando a má-fé para fins de verificação da conduta do agente. (SYDOW, 2017, p. 94-96).

O elemento do *actus reus* teve seu surgimento dos mesmos anseios teóricos das teorias da ação, tendo natureza eminentemente causalista, confirmando a proximidade do *actus rea* com o causalismo sua definição: "ato voluntário (excluem-se os reflexos e convulsões) que causa mal social. " (HERMIDA, 2007, p. 197).

Dessa maneira, o *actus reus* ignora o conteúdo da vontade, reduzindo a ação "a mero movimento gerado pela vontade, o que minimiza a importância do desejo do autor, nessa noção remanesce muitos dos elementos da teoria causal da ação que WELZEL (1939) e seus seguidores reagiram contra" (HERMIDA, 2007, p. 179).

Cabe mencionar que, nos Estados Unidos da América, os estados da Federação têm autonomia para legislar sobre Direito Penal. Nessa linha, alguns Estados como a Califórnia não aceitaram o *Model Penal Code* e permanecem utilizando o conceito de *mens rea*, o que faz com que a punição recaia sob 'a pessoa que faz o mal.' (SYDOW, 2017, p. 97).

O estado mental 'intencional' (*purposely*) é aquele em que o agente deseja que sua conduta cause determinado resultado particular, em similitude ao dolo direto do ordenamento jurídico brasileiro. Essa disposição exige que o autor saiba o que faz, deseja fazer o que está fazendo e seja um 'sujeito livre'. (HERMIDA, 2007, p. 204).

O agente em estado mental 'consciente' (*knowingly*) age sabendo ser praticamente certo que sua conduta cause determinado resultado. "É o agir sem intenção, porém conhecendo a grande probabilidade de obtenção do resultado". Tal instituto se assemelha ao dolo de 2º grau. (SYDOW, 2017, p. 98).

Por fim, o estado mental negligente (*negligently*), semelhante à culpa em sentido

estrito do sistema penal brasileiro (negligência, imprudência e imperícia), implica que o agente aja negligentemente diante de um risco substancial e injustificado que sabe existir de que um elemento do tipo exista ou resulte de sua conduta. O risco deve envolver o dever de cuidado que o homem médio observaria. (AMERICAN LAW INSTITUTE, 1985, Model Penal Code).

Os crimes de imputação subjetiva (que analisam se o autor agiu com *mens rea*) são divididos pelo *Model Penal Code* em crimes de intenção genérica (*general intent crimes*) e crimes de intenção específica (*specific intente crimes*). Nos primeiros, o agente simplesmente tem vontade de agir, enquanto no segundo o agente quer realizar algo além do *actus reus*, tendo propósito específico em mente. (HERMIDA, 2007, p. 202).

Destaca-se que o sistema americano ainda admite o modelo causalista de erro de fato e erro de direito. Como visto anteriormente, de maneira geral, a ignorância da lei não escusa o agente, pois, segundo HERMIDA (2007), o desconhecimento da ilicitude não exclui o estado mental do agente. (AMERICAN LAW INSTITUTE, 1985, Model Penal Code, p. 219).

Nessa linha, conclui-se que o direito penal norte-americano:

> [...] adota algo análogo ao modelo neoclássico de crime, considerando o dolo como dolus malus, bem como a teoria psicológico-normativa da culpabilidade, o estado mental do autor e o índice de reprovabilidade. Outrossim, a solução estadunidense para o tratamento do erro de fato e de direito é equivalente à teoria limitada do dolo, que permite a punição do sujeito pelo o que ele deveria saber e não pelo seu conhecimento atual, com um requisito adicional: a razoabilidade do erro é verificada antes de sua própria existência, uma verdadeira moralização do erro. (AMERICAN LAW INSTITUTE, 1985, p. 219).

Exposta a maneira como o sistema do *common law* trata o elemento subjetivo do crime, necessária a apresentação de como tais modelos penais criaram e aplicaram a teoria da cegueira deliberada.

2.1.2 Conceito e delimitação da teoria da cegueira deliberada

A tarefa de esclarecer a delimitação da teoria pelos autores brasileiros não é amplamente enfrentada, mas sim na doutrina espanhola e americana. Não obstante a confusão doutrinária e jurisprudencial acerca da nomenclatura do instituto, que não encontra previsão em manuais brasileiros, SYDOW (2017) divide a teoria da cegueira

deliberada em sentido amplo em duas diferentes faces: a ignorância deliberada e cegueira deliberada em sentido estrito. (SYDOW, 2017, p. 55-57).

Segundo SYDOW (2017), no primeiro caso o indivíduo não conhece com perfeição os fatos da realidade presente, "suspeita deles, poderia conhece-los, mas não o faz, para com isso, obter alguma vantagem pessoal, tolerando suas consequências." No segundo caso o indivíduo "conhece certos fatos presentes e futuros, mas cria meios prévios para não os identificar numa situação futura e, com isso, ter alguma espécie de vantagem pessoal, tolerando suas consequências." (SYDOW, 2017, p. 46).

Estas são, assim, duas diferentes circunstâncias juridicamente relevantes abrangidas pela teoria da cegueira deliberada. Uma terceira situação não relevante e que não se encaixa no instituto é a do desconhecimento verdadeiro, quando o agente não conhece os fatos presentes, nem poderia conhece-los. O fenômeno discutido, portanto, afasta a ignorância verdadeira e deve estar inserido em contexto criminalmente relevante, identificado na tipicidade do fato, acerca de elemento objetivo do tipo. (SYDOW, 2017, p. 53).

A ignorância deliberada é aquela gerada pela ausência de esforço em esclarecer situação suspeita. Na lição do autor, encontra-se em ignorância deliberada o indivíduo que, ainda que em dúvida acerca de elemento do tipo, deixa de diligenciar para sanar a incerteza, preferindo a ignorância em razão das vantagens geradas por ela. "A ignorância é genuína, porém em tese vencível." (SYDOW, 2017, p. 60).

Um exemplo desta teoria, é o caso do sujeito que recebe dinheiro para transportar mala em viagem a pedido de estranho, sem questionar se transporta algum material ilícito, nem se importar em verificar o conteúdo da bagagem, que depois revela-se em fiscalização como sendo objeto do crime de tráfico de drogas.

Já a cegueira deliberada em sentido estrito, na lição de SYDOW (2017), o agente identifica riscos possíveis e futuros, cria estratégia para não perceber determinados elementos do tipo e, com isso, escapar da responsabilização em momento posterior não querido, na tentativa de afastar a condição da 'consciência atual' necessária à configuração de dolo. "A pessoa premeditadamente trabalha seu elemento de inconsciência acerca de situações futuras." (SYDOW, 2017, p. 62).

Outro exemplo é o "líder que delega funções delicadas de seu poder em que atos de corrupção podem ocorrer para afastar-se da fiscalização de determinado setor." Ademais, o exemplo trazido por BOTTINI (2013), ainda que a consideração acerca da condenação criminal seja objeto de discussão em seção posterior:

> Para ilustrar: se o diretor financeiro de uma instituição bancária determina expressamente a seus gerentes que não o informem de operações suspeitas de lavagem de dinheiro, poderá ser condenado pela prática desse crime, por cegueira deliberada, pois criou conscientemente um mecanismo que veda a chegada ao seu conhecimento de qualquer dúvida sobre a licitude dos bens que processa. (BOTINNI, 2013, Ação Penal 470).

Para os autores americanos HUSAK e CALLENDER, devem existir três requisitos a permitirem a aplicação da doutrina da *willfull blidness:* "1. O indivíduo deve suspeitar veementemente sobre um fato relevante; 2. A suspeita pode ser facilmente confirmada/rejeitada; 3. O indivíduo deve agir com um motivo para não confirmar sua suspeita, deve ser motivado por um desejo de evitar a persecução" (CALLEGARI, 2017, p. 17-35).

Em outro ponto abordado é o entendimento da doutrina anglo-saxão, compartilhado por SYDOW (2017), de que a cegueira deliberada tem conduta composta por dois atos. O ato inicial é a conduta geradora de situação de desconhecimento e o ato posterior é a consequência não desejada, ocorrida como resultado do desconhecimento anterior.

RAGUÉS I VALLÉS (2013), representante da doutrina espanhola, em compatibilização do instituto com o *civil law*, considera que cinco componentes que devem ser identificados para aplicação do instituto com segurança jurídica. O autor não faz diferenciação entre a cegueira deliberada em sentido estrito e a ignorância deliberada, chamando o instituto em si de 'ignorância deliberada'. (GEHR, 2012, p. 10-11).

Para que possa haver a identificação da ignorância deliberada, o agente deve estar em situação em que não tem representação suficiente de dados que integram o tipo penal em que sua conduta se insere, já que do contrário existiria dolo. E tendo como segundo elemento, ter a disponibilidade da informação, que deve ter acesso imediato e facilitado.

Outro requisito, é a necessidade do dever de conhecimento do agente sobre as informações, que se assemelha a observância de um dever geral de cuidado. O quarto pressuposto é a indiferença, a decisão do agente em não buscar conhecer a informação que se afigura suspeita.

Por último requisito, o agente deve ter motivação para manter-se em situação de desconhecimento. Assim, no caso paradigmático supramencionado, para que todos os requisitos sejam cumpridos, a situação seria a seguinte:

> (1)O agente transportador não conhece o conteúdo do que transporta e, por isso, não sabe estar em situação de tráfico de entorpecente(art. 33 da Lei n. 11.343/06); (2) apesar de não saber o conteúdo do que transporta, a verificação disso é possível, fácil e imediata; (3) há um dever genérico de obediência às normas penais e transportadores de cargas ou volumes devem se responsabilizar pelo conteúdo que trazem consigo; (4) o agente não se interessa ou simplesmente não busca conhecer a informação que poderia implicar em elemento do tipo penal; (5) o transportador está recebendo valores para proceder ao transporte que o estimulam à prática e a ignorância, num raciocínio utilitário, é a melhor opção para buscar evitar quaisquer consequências. (SYDOW, 2017, p. 200).

Deste modo, o desenvolvimento da teoria torna possível a equiparação entre conhecimento dos elementos do delito com o desconhecimento proposital seguido de resultado, para fins de atribuição da responsabilidade subjetiva. A equiparação baseia-se "na premissa que o grau de culpabilidade que se manifesta em que conhece o fato não é inferior ao do agente que, podendo e devendo conhecer, prefere manter-se na ignorância" (BURGEL, 2017, p. 479-505).

2.1.3 Histórico da Teoria da Cegueira Deliberada no Direito Anglo-Saxão

A primeira notícia que se tem de julgado tratando sobre o tema é certo precedente criado na Inglaterra no ano de 1861. No caso *Regina v. Sleep*, um ferreiro foi acusado da prática de crime previsto no *Embezzlement of Public Stores Act* (Lei sobre desfalques em armazéns públcos). A acusação, em síntese, era de malversação de bens públicos em razão da embarcação em navio de barris com parafusos de cobre que continham o símbolo real de propriedade do Estado. (SYDOW, 2017, p. 77).

De acordo com ROBBINS (1990), em julgamentos anteriores, a corte vinha exigindo para a configuração do crime o pleno conhecimento do agente de que os bens seriam propriedade do governo. Nessa oportunidade, o juiz proferiu sentença absolutória sob o argumento de que não teria encontrado provas do conhecimento do réu quanto à propriedade dos bens, tampouco indícios de que tivesse o réu deliberadamente se abstido de obter tal conhecimento. Infere-se que, com suficiente evidência, a corte poderia ter sustentado uma condenação por ignorância deliberada no lugar de conhecimento atual. (ROBBINS, 1990, p. 196).

No direito norte-americano, ROBBINS (1990), aponta como a primeira vez em que se discutiu sobre a doutrina foi no caso *People v. Brow*. Porém, o caso emblemático em que a Suprema Corte passou a assumir a ignorância deliberada como alternativa ao

conhecimento real em seu ordenamento jurídico foi em *Spurr v. United States*, em 1899. (ROBBINS, 1990, p. 197).

Como se sabe, no modelo americano de júri popular, os jurados são instados a julgar os fatos, sendo o juiz o intérprete da lei e o instrutor do júri sobre a aplicação destas. No mencionado caso, os jurados receberam instrução do juiz de que poderiam condenar *Spurr* se constatassem que "este fechou os olhos e deliberadamente absteve-se de perguntar e investigar com o objetivo de não ter o conhecimento e eximir-se de responsabilização." (ROBBINS, 1990, p. 198).

Conforme ROBBINS (1990), a teoria passou a ganhar proeminência somente a partir dos anos 1970 no combate ao narcotráfico. Isso porque a lei penal previa ser crime as condutas de importação e posse de substâncias que se sabem ser controladas. Por ser o conhecimento atual circunstância do delito, muitos réus passaram a alegar ignorância como estratégia processual. Para reduzir seu ônus da prova, a acusação passou a equiparar a conhecimento real com a ignorância deliberada, tendo em vista sua maior facilidade de comprovação em relação ao primeiro. (ROBBINS, 1990, p. 200).

Em 1962, foi elaborado o Código Penal Modelo (*Model Penal Code*), que foi considerado um marco na história jurídica dos Estados Unidos da América, no texto, foi criado um melhor critério para a verificação objetiva e legal do elemento subjetivo do crime, tendo o abandono da insegurança da utilização de maneira genérica do *mens rea.*

A sessão 2.02 do Código tratou dos requisitos gerais de culpabilidade, inserindo em seu conceito que o elemento subjetivo do crime seria condição da responsabilidade criminal, de tal sorte que para ser considerado culpado, o indivíduo deveria agir propositadamente (*purposely*), com conhecimento (*knowingly*), "sem consideração aos efeitos do risco criado[*recklessly*] ou negligentemente[*negligently*], como a lei requer, no que diz respeito a cada elemento objetivo do delito. " (SYDOW, 2017, p. 84).

Apesar da criação dos graus de culpa do *mens rea*, já discutidas anteriormente, tais invenções não resolveriam a questão da ignorância provocada. Por isso, o Código previu um Princípio da Alta Probabilidade, que sugeriu o alargamento do conceito de conhecimento (*knowledge*) propriamente dito. (SYDOW, 2017, p. 85).

Para que se caracterizava-se a conduta do agente como deliberada (*willfull),* o diploma deveria estar em conhecimento de todos os elementos do delito. Ao mesmo tempo, o Código Modelo passou a prever que tal requisito de conhecimento estaria satisfeito pela circunstância de conhecimento da alta probabilidade:

> Quando o conhecimento da existência de um fato particular é elemento de uma ofensa [elemento objetivo], tal conhecimento é estabelecido se a pessoa está ciente da alta probabilidade de sua existência, exceto se a pessoa verdadeiramente acredita que este não existe. (SYDOW, 2017, p. 84).

O *Model Penal Code*, com o princípio da Alta Probabilidade, passou a ser aplicado pela Suprema Corte dos Estados Unidos como referencial em casos de tal natureza, tendo sido fundadas as bases modernas da teoria da cegueira deliberada a partir de 1969, com o julgado *Leary v. United States*. (ROBBINS, 1990, p. 92 e 203).

Mas somente em 1976 julgou-se o caso paradigmático da teoria, *United States v. Jewell*, diante do qual admitiu-se a definição de conhecimento do Código Penal Modelo como aplicável aos casos de acusação de ignorância deliberada, sendo a partir de então repetidamente consagrado o princípio da alta probabilidade em instruções ao júri nos julgamentos ulteriores. (ROBBINS, 1990, p. 207).

Faz-se menção que a teoria foi estendida à esfera civil em julgamento no ano de 2010, no caso *Globaltech appliances Inc v. SEB*.

3 A ESTRUTURA DAS TEORIAS DA AÇÃO E SUA CONSEQUÊNCIA NO ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME

O crime é a concepção da sociedade sob a ofensividade de determinadas condutas que violam os bens jurídicos mais importantes e justificam a transformação pelo legislador em tipos penais. Por ser conceito aberto e subjetivo, deve ter por base o princípio da lesividade. (NUCCI, 2017, P. 349).

A definição atual de crime é produto da elaboração inicial da doutrina alemã, que teve uma influência do método analítico a partir da segunda metade do século XIX, tendo dessa forma o aperfeiçoamento dos diversos elementos que compõem esse conceito. Dessa forma, o conceito de crime é resultado da normalização do conceito material, diante disso, o crime é proibição da conduta pelo Legislativo, tendo o emprego de pena. (GRECO, 2017, P. 226).

O método analítico procura dividir o crime, mostrando os seus elementos. Embora o crime seja insuscetível de fragmentação, já que é um todo unitário, faz-se necessário um breve relato, sobre cada uma de suas características fundamentais, isto é, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade – elementos que, juntos, formam o Conceito Tripartido de Delito. Ratificando essa ideia, FRANCISCO BUENO ARÚS (2008) nos mostra:

> Penso que a Escola penalista nazista de Kiel tinha razão em um ponto: que o delito é um ente unitário, não fracionável em partes, perceptível pelo intelecto de maneira global, ainda que, para compreender melhor sua essência, seja didático explicar sucessivamente seus diversos caracteres (ARUS, *apud* GRECO, 2008, p. 135).

Diante disso, o primeiro elemento geral do crime é derivado do Princípio da Legalidade, tendo como necessidade da previsão normativa da conduta criminosa, também se faz necessário que a ação esteja adequada ao que está descrito na lei, chamando-se de Tipicidade.

Para se definir os elementos do delito, surge o conceito analítico, que analisa com precisão as características da infração penal. Tendo seu embasamento, na Ciência do Direito, sendo essencial no desenvolvimento da teoria do delito.

Também nos mostra Nucci em um dos seus ensinamentos, que há entendimentos de ser o crime fato típico e antijurídico, tendo a culpabilidade apenas pressuposto de aplicação da pena. (NUCCI, 2017, p. 335)

O conceito adotado pela doutrina nacional e estrangeira é de que o crime é conduta típica, antijurídica e culpável. Diante disso, o conceito analítico, o crime é unitário e indivisível, dependendo apenas da realização de seus três elementos. Rogério Greco (2017), nos fala "ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal". (GRECO, 2017, p. 227)

Para se constatar então se a conduta do agente é penalmente relevante, ela deve ser típica, ilícita e culpável. Dessa forma, a condição necessária para a existência do delito é a conduta humana, nas palavras de *Nullum Crimen Sine Actione, diz-se:*

> A conduta humana é a pedra angular da Teoria do Crime. É com base nela que se formulam todos juízos que compõem o conceito de crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. A tipicidade é a adequação da conduta com a norma; a antijuridicidade é o juízo de reprovação da conduta, e a culpabilidade é o juízo de reprovação sobre o autor da conduta (BRANDÃO, 2010, p. 135).

No Código Penal Brasileiro, como o ordenamento jurídico de outros países, não se teve uma apresentação do conceito de conduta humana, diante disso, deixando a sua atribuição da elaboração do conceito à doutrina, assim, à doutrina, teve a incumbência de investigar o conceito do crime e dos elementos compostos.

3.1 Das teorias da ação

As teorias da ação, teve seu surgimento quanto a visão de diversos penalistas quanto ao conceito de ação, tendo a reflexão das concepções sobre o crime, sendo desenvolvidas pelo causalismo e finalismo.

A teoria finalista permite um melhor entendimento do injusto e é progressivamente adotada o sistema do *civil law*, como na Alemanha, Itália, Espanha e na América Latina. (HERMIDA, 2007).

No tempo atual, GRECO (2017) a discussão das teorias funcionalistas, divididas em funcionalismo teleológico (moderado) e sistêmico (radical). Na visão de NUCCI (2017), "o funcionalismo não representa avanço à teoria do delito, dessa forma, a teoria ainda não consegue demonstrar sua efetiva utilidade, o que fará quando estiver mais desenvolvida, trabalhando com casos concretos.

3.1.1 Causalismo

O primeiro pensamento de conduta no direito penal, vem de HEGEL (1997), em suas palavras, “a ação seria a expressão da vontade como subjetiva ou moral”, assim, o conceito compreenderia somente a vontade exteriorizada. HEGEL (1997) teria derivado um “direito de vontade”, tendo o ato do agente sendo reconhecido unicamente como ação e a culpabilidade deveria conter apenas o dolo, dessa forma, o ato só poderia ser imputado como culpabilidade da vontade.

A corrente causalista teve sua origem na Escola Moderna alemã e tendo como precursores Franz Ritter von Liszt e Ernst von Belling, que juntos formaram em 1906 o modelo clássico da teoria do delito, esse sistema esteve vinculado a pautas positivistas-naturalistas da época referente ao âmbito da Filosofia. A teoria do crime desenvolvida pela corrente é a de a vontade sem conteúdo, que dessa forma iniciou a consolidação do conceito analítico de crime nos dias de hoje.

De forma estritamente objetiva era apresentado o modelo causal de ação, de modo que o fato, para ser típico, a ação voluntária e consciente tem que produzir movimentos corpóreos para chegar um determinado resultado, causando alguma modificação no mundo exterior, assim, não existiria ação sem resultado (CARVALHO, 2015, p. 21, apud, SANTOS, 2010, p. 82)

A culpabilidade na teoria causalista clássica, tinha o modo de estabelecimento o nexo psicológico entre o agente e o fato antijurídico praticado, formando a chamada de teoria psicológica da culpabilidade. O centro estaria no dolo e na culpa, tendo suas espécies, e seu pressuposto estaria presente a imputabilidade, denominada de “capacidade de culpabilidade”. Nessa linha, a lição de Juarez Cirino dos Santos (2010):

> O conceito psicológico de culpabilidade é formado por dois elementos: a) a capacidade de culpabilidade (ou imputabilidade), como capacidade geral ou abstrata de compreender o valor do fato e de querer conforme a compreensão do valor do fato, excluída ou reduzida em situações de imperfeição (imaturidade) ou de defecção (doença mental) do aparelho psíquico; b) a relação psicológica do autor com o fato, existente como consciência e vontade de realizar o fato ou como causação de um resultado típico por imprudência, imperícia ou negligência. (SANTOS, 2010, p. 275).

Apesar disso, a culpabilidade teve várias críticas, pois a simples apresentação da relação psicológica não explicaria “as causas de exclusão da culpabilidade[como a coação moral irresistível e a obediência hierárquica], que não afetam a relação psicológica mencionada”, mas tendo a exigibilidade de conduta condizente com o direito; nem

explicaria a culpa inconsciente, “onde falta necessariamente toda relação espiritual entre autor e fato.” (BIANCHINI, PABLOS DE MOLINA, GOMES, 2009, p. 124).

A ação da teoria clássica, tem em seu conceito o sentido puramente natural duramente um descrédito, pois a definição legal de crime no causalismo se limita a caracterização do resultado, e não a uma conduta finalística. A ação seria “causa de consequências (especialmente de lesões de bens jurídicos)”, tendo pouca importância a sua finalidade, mas sim o resultado causado pela ação. (JAKOBS, 2012, p.61).

Na concepção natural e valorativo na ação não conseguiriam explicar o problema das condutas omissivas, que tem como natureza normativa. Nas lições de BIANCHINI, PABLOS DE MOLINA e GOMES (2009):

> A ação, no esquema positivista naturalista (ou causalista), era concebida como movimento corporal que produzia uma determinada modificação no mundo exterior. Essa concepção “naturalista” da ação não podia explicar, por exemplo, a omissão, pois a essência desta não é “naturalista”, senão “normativa”: omitir não significa “não fazer, senão “não fazer o que o ordenamento jurídico esperava” que fosse feito; a omissão implica uma referência à “ação esperada”, uma valoração que emana da lei. (BIANCHINI, PABLOS DE MOLINA, GOMES, 2009, p. 128).

Desse modo, o abandono do positivismo no âmbito penal, se deu no século XX, através da insuficiência construída do esquema objetivo-formal. Assim, tendo a inauguração da segunda fase do causalismo, fruto da repercussão da filosofia e metodologia neokantianas no Direito Penal, possibilitando o desapego do conceito clássico de crime. (NUCCI, 2017, p. 362).

3.1.2 Finalismo

O conceito da teoria finalista foi criado pelo alemão HANS WELZEL (1939), autor da obra *Studien zur System des Strafrechts* (1939), obra para estudos do Sistema de Direito Penal. (BIANCHINI, PABLOS DE MOLINA, GOMES, 2009, p. 130).

Diante de sua teoria, Welzel (1939) sempre buscou romper com o direito penal nazista, tendo o intuito de revalorizar o caráter ético-social do direito penal. Para isso, era necessário ter a modificação da própria dogmática, sendo, através do estabelecimento de limites ônticos, denominados “estruturas lógico-objetivas”, ao legislador. A parte mais importante da estrutura no conceito analítico de crime, seria o da conduta humana, de maneira que essa nova visão realista demandava sua reelaboração conceitual. Assim,

Welzel (1939) propôs em seus estudos um objetivismo na teoria do conhecimento.

A defesa da distinção das ciências jurídicas, frente as ciências naturais, se dar pela ontologia do finalismo. Porque, para Welzel (1939), a ação seria simultaneamente causal e final, porém "às ciências naturais interessa a ação como fenômeno do mundo natural, como fato causal. Mas ao Direito, que pertence à 'ordem do pensar' só interessa a dimensão ou aspecto 'final', enquanto essência da ação, imanente à mesma" (BIANCHINI, MOLINA, GOMES, 2009, p. 131).

Assim, a teoria finalista da ação, teve seu desenvolvimento, que impedia a dissociação do ato de sua finalidade, deste modo, teve o abandono da concepção causalista de que ação é mero movimento corpóreo que causa modificação no mundo exterior. A partir do finalismo, toma-se por base que, ao agir, todo ser humano sempre busca um objetivo final em seus atos, mesmo que este não seja obrigatoriamente criminoso. (NUCCI, 2017, p. 364).

O sistema causal, teve uma modificação profunda de sua estrutura, tendo como consequência da premissa de que a ação sempre está sempre dirigida a um fim. Para que não houvesse a análise do dolo como elemento na culpabilidade, ela deveria estar vinculada a finalidade do criminoso à conduta, e assim, como abrangente da consciência de ilicitude. Isto em razão da adoção de um conceito de "dolo natural, livre da necessidade de se aferir a consciência sobre a ilicitude do fato para a sua configuração" (GREO, 2017, p. 524).

Sobre a matéria, Nucci (2017) explica a logicidade da efetiva desvinculação da consciência da ilicitude e do dolo, narrando o caso de um soldado que mata seu inimigo em campo, em seu dever. "Ora, ele pratica o ato típico (matar alguém), mas considera perfeitamente lícito o que realizou. Assim, a vontade de cometer um fato típico não traz, necessariamente, a consciência de ilicitude. (NUCCI, 2017, p. 365).

Os antigos elementos subjetivos da culpabilidade, dolo e culpa, agora são realocados à tipicidade, por serem objetos da conduta. Segundo NUCCI (2017), o lugar mais adequado para se situar o elemento subjetivo do crime seria, de fato, o tipo penal, pois "se a finalidade caminha com a conduta, quando o autor de um crime começa a executá-lo, já se pode captar o dolo ou a culpa (ambos consistentes em vontades humanas). " (NUCCI, 2017, p. 365).

A tipicidade, portanto, passa a ter elementos subjetivos, retirando os elementos objetivos, assim, sendo composta por conduta dolosa ou culposa, obtendo seu resultado, no nexo de causalidade entre a conduta, o resultado e a tipicidade penal. Assim, para que

o fato venha ser típico ou não, a conduta finalística deve ser consumada e produzido determinado resultado em conexão, tem-se o fato, que pode ser típico ou não. Assim, seguindo-se a ordem de análise dos elementos do conceito analítico de crime proposta por WELZEL (1939) (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), não sendo verificado fato típico, deduz-se imediatamente não ter havido infração penal, sendo inútil a análise dos demais elementos. (GRECO, 2017, p. 289 e NUCCI, 2017, p. 364).

O agir do ser humano sempre tem um objetivo, que pode ser penalmente relevante ou não. Na conceituação de WELZEL (1939), a ação humana é exercício de atividade final, "com seleção dos meios para realizar o fim". Para que possa alcançar sua finalidade, a ação do agente passa pelas fases interna e externa. (NUCCI, 2017, p. 365 e GRECO, 2017, p. 284).

Para que o agente na fase interna represente e antecipe o resultado que quer alcançar, será escolhido por ele os meios que serão utilizados para que seja considerado os efeitos colaterais ou concomitantes à utilização de tais meios. Em uma análise, o que será somado quanto as espécies dos efeitos colaterais e de seu grau de representação para o agente é a configuração de dolo ou culpa na conduta do agente.

Em seus ensinamentos, GRECO (2017) lança exemplo em que a conduta humana foi dirigida à determinada finalidade lícita, mas a utilização dos meios para alcançá-la gerou resultado danoso (efeito colateral) que não se inseriu na vontade do agente:

> Aquele que, v.g., almejando chegar a tempo ao batismo de seu filho, imprime velocidade excessiva ao seu veículo e, em virtude disso, culposamente, atropela alguém, não atua com o fim de causar dano algum. Pelo contrário, a intenção do agente era a melhor possível. Sua finalidade era, como se percebe, completamente lícita. Contudo, os meios empregados pelo agente para que pudesse alcançar aquilo que desejava inicialmente (chegar a tempo ao batismo de seu filho) é que foram utilizados de maneira inadequada e deram causa ao evento lesivo. (GRECO, 2017, p. 289 e NUCCI, 2017, p. 281).

De acordo com o sistema adotado, a visão sobre o elemento subjetivo do delito sofreu diversas transformações. Sendo assim, se faz necessário a compreensão do conteúdo do dolo no decorrer das elaborações teóricas da história da ciência penal.

3.2 As consequências das teorias da ação no conceito de dolo

3.2.1 A evolução histórica do dolo

O dolo teve seu surgimento no Direito Romano, como pressuposto do delito, que se dá pela má intenção ou malícia do agente na realização do fato criminoso. A partir de então, fica "superada a primitiva concepção do ilícito penal como mera causação objetiva de resultados, exigindo-se a 'intenção imoral dirigida a um fim antijurídico' – o '*dolus malus*' – como fundamento para a aplicação da pena pública." (LAURENZO COPELLO, 1999, p. 27)

Tendo a evolução da ciência penal, os pensamentos de elaboração de critérios foram dirigidos para superar o problema entre a vontade com os resultados ilícitos, de tal modo, as fundamentações de dolo de cunho foram deixadas de lado. Diante disso, a partir do século XIX, a teoria do delito e o conceito de dolo tiveram a colaboração da teoria da ação para assim, pudesse terem seu desenvolvimento.

Como visto, VON LISZT, sistematizador do causalismo clássico e da teoria psicológica da culpabilidade, rejeitava a consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade (onde estavam inseridos o dolo e a culpa), admitindo apenas a consciência do fato (imputabilidade) como pressuposto desta. Em tal fase, o dolo se resumiria à "consciência e vontade de praticar uma ação antijurídica, contrária ao ordenamento jurídico como um todo." (CARVALHO, 2015, p. 25).

Deste modo, obteve-se a conclusão que o erro sobre a ilicitude do fato (erro de direito) era indispensável, baseado no brocardo romano *error iuris nocet* (erro de direito prejudica). A autoridade dos princípios latinos adotados e "a preocupação de que o infrator poderia ter uma absolvição cômoda foram fatores que impediram que doutrina reconhecesse a consciência da ilicitude como componente da culpabilidade" e, como consequência, seria considerado o erro de direito como hábil a excluir a culpabilidade do agente. (CARVALHO, 2015, p. 25).

Em um momento, o Tribunal do *Reichgericht* (Tribunal do Império Alemão) relativizou o erro de direito para que fosse considerado o erro sobre normas jurídicas extrapenais (como o conceito de posse atribuído pelo direito civil) assim, seria possível a exclusão do dolo, e desse modo, o desconhecimento de preceitos penais continuaria a ser interpretado como irrelevante para fins de escusabilidade.

No neokantismo, inseriu-se a consciência da ilicitude como novo componente da culpabilidade, ao lado da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa, na denominada teoria psicológico-normativa. Como resultado, o dolo causalista passou a ser normativo, tornando-se a vontade e a consciência de realizar o fato proibido pela lei (ou

seja, o agente deveria estar em conhecimento sobre a ilicitude do fato), em retomada do conceito de *dolus malus* do direito romano. (GRECO, 2017, p. 324).

Para Nucci, no 'dolo mau' concebido pelos causalistas, "quem agisse com dolo, automaticamente, estaria atuando com conhecimento da ilicitude, com conhecimento de fazer algo errado. (NUCCI, 2017, p. 365).

Com o objetivo de aperfeiçoar a teoria extremada, tratando da consciência da ilicitude na culpabilidade em apartado do dolo, a teoria limitada do dolo veio para rejeitar a necessidade de atualidade de tal consciência, passando a admitir também o mero potencial conhecimento da antijuridicidade para fins de verificação da culpabilidade. (GRECO, 2017, p. 365).

Além da consciência da ilicitude formal (mera contrariedade da conduta com o Direito), a teoria também admitiu o conhecimento da ilicitude material (ou seja, a lesividade ao bem jurídico tutelado, a danosidade social da conduta).

Assim, "caso o agente não soubesse, mas demonstrasse desprezo ou indiferença para com as leis, continuaria a responder pela culpabilidade dolosa". Essa teoria, contornava-se a ignorância do agente "indiferente ao direito", que dificilmente teria consciência atual da ilicitude, o que seria causa de impunidade. (JAPIAUSSU, SOUZA, 2013, p. 255, apud CARVALHO, 2015, p. 35).

Nesse sentido, tratava-se o erro como irrelevante caso o autor tivesse atitude incompatível com o ordenamento jurídico, ou seja, se tivesse "inimizade com o direito" ou "cegueira jurídica", em verdadeira construção de um Direito penal do autor. (JAPIAUSSU, SOUZA, 2013, p. 255, apud CARVALHO, 2015, p. 35).

O conceito de 'dolo mau' dos causalistas (dolo normativo) agora é substituído pela concepção de dolo natural formulada por WELZEL (1939): para o finalista, a vontade do agente é dirigida a preencher os elementos do tipo penal, sem necessariamente atuar na consciência de que age ilicitamente. Assim, o dolo passou a ser previsto em três modalidades: dolo direto de 1º, 2º graus e eventual. (NUCCI, 2017, p. 365).

Com a superação do finalismo e os antigos conceitos de erro de fato e de direito, foi inaugurado um novo tratamento quanto à figura do equívoco penal. Após essa mudança, o erro passou a ser de tipo e de proibição.

O erro de proibição, estudado no âmbito da culpabilidade, recai sobre a consciência da ilicitude, não tendo qualquer relação com o dolo. Sendo erro incidente sobre a licitude do fato, "dá-se quando o agente por ignorância (*ignorantia iuris*) ou por uma representação falsa ou imperfeita da realidade supõe ser lícito o seu comportamento".

(MESTIERI, 1999, p. 188, apud GRECO, 2017, 541).

No erro de tipo para NUCCI (2017), a falsa percepção ou a falta de representação da realidade retira a consciência do autor (elemento intelectual do dolo) das circunstâncias do tipo penal. O erro de tipo, portanto, não possui o mesmo significado que erro de fato. (CARVALHO, 2015, p. 49).

3.2.2 As teorias do dolo

Com surgimentos de estudos para explicar o conceito de dolo, foram criadas elaborações de teorias que possuíam pontos em comum, mas que se diferenciavam em suas premissas. Essas teorias formaram os grupos das teorias cognitivas e teorias volitivas, sendo que, majoritariamente, a doutrina brasileira baseia-se dos ensinamentos de três teorias de tais categorias: a teoria da representação, a teoria da vontade e a teoria do consentimento.

Na teoria da representação, espécie de teoria cognitiva, o âmago do dolo situa-se exclusivamente na previsão do resultado. Atuaria dolosamente o agente quando representada a probabilidade ou certeza do resultado de sua ação, sendo dispensável o desejo de alcançá-lo. Nas palavras de ROGÉRIO GRECO (2017), nesta etapa, fala-se em dolo “toda vez que o agente tiver tão somente a previsão do resultado como possível e, ainda assim, decidir pela continuidade de sua conduta. ” (GRECO, 2017, p. 319).

Na teoria da vontade, espécie de teoria volitiva, dolo seria a consciência (previsão) do fato e de seu significado somando-se à vontade de fazê-lo, sendo bastante influenciada por autores, como o finalista WELZEL (1939).

Finalmente, para a teoria do consentimento, o agente em sua ação admite a ocorrência do resultado danoso, que advém de sua conduta, mas não o deseja diretamente. O autor não se importa com a ocorrência do resultado, mas aceita o risco de produzi-lo.

4 DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A aplicabilidade desta teoria nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e nacionais encontra diversos problemas. Assim, neste capítulo, será abordado como é feita a aplicação de tal doutrina no sistema brasileiro e os problemas que sua aplicação causa, sendo analisado os métodos analíticos do instituto e os julgados em que a teoria foi empregada.

4.1 Da lógica do dever de cuidado

Há estudos que mostram que o entendimento quanto a cegueira deliberada pode ser incluída no conceito de imprudência, e outros estudos afirmam que se trata de negligência. Não se tem um consenso doutrinário, trazendo assim, uma diferenciação quanto a interpretação da teoria. (SYDOW, 2017, p. 111).

A teoria da cegueira deliberada apresenta duas das principais vertentes analíticas para imputação subjetiva, que no caso, são a lógica do princípio da alta probabilidade que é a previsibilidade que o agente possui de sua conduta gerar um ilícito e, mesmo assim, não se omite de praticá-la, e do dever de cuidado que se dá por ocorrer a expectativa de ação, a fim de evitar a violação ao dever de cuidado. Nos julgados americanos, antes do surgimento do instituto da alta probabilidade, fez-se presente frequentemente a premissa de que a imputação subjetiva parte da violação de um dever de cuidado. (SYDOW, 2017, p. 124).

Esse é o entendimento seguido pela Suprema Corte da Espanha, que em seus principais julgados utiliza da lógica do dever de cuidado como pano de fundo das situações de ignorância. Prova disso é que as expressões “podia e devia” aparecem com frequência nos julgados, além de a doutrina espanhola definir a figura como “a situação em que um sujeito não quer saber aquilo que pode e dever conhecer, isto é, um estado de ausência de representação a respeito de determinado elemento do tipo.” (VALLÈS, 2013, p. 22)

Segundo TAVAREZ (2017), “a lesão ao dever de cuidado resulta da omissão da ação cuidadosa, imposta pela norma, no sentido de atender às funções protetivas a que se propõe.” Tal afirmação mostra que devemos nos manter sempre informados das situações que estamos envolvidos, para evitar lesar bens jurídicos protegidos por lei, assim, também

evitando ser imputado pena as condições de conhecimento acerca dos elementos de tipo penal.

Na lógica do estudado, o dever de cuidado pode ser violado por omissão no dever de investigar. Com base na redação do Código Penal brasileiro (art. 13, §2º), percebe-se que só há relação de causalidade entre a omissão e o resultado danoso quando também há o dever de agir. "A omissão só tem relevância jurídica quando o direito impõe o dever de agir, dever de praticar um ato para impedir determinado resultado." (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 89).

Nessa linha, o Código Penal estabelece a quem incumbe o dever de cuidado nas alíneas do artigo 13, §2º, que diz:

> Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.
> [...]
> § 2° - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
> [...]
> c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (CÓDIGO PENAL, 1940, Decreto-Lei 2.848).

A alínea 'c' é a disposição que se encaixa no instituto da ignorância deliberada pois impõe o dever àquele que criou o risco da ocorrência do resultado com seu comportamento anterior.

Em retomada aos conceitos e RAGUES I VALLES (2013) e SYDOW (2017), violaria o dever de cuidado indivíduo que deixa de investigar sua suspeita quanto a elemento componente de um tipo penal, pois cria o risco da ocorrência do resultado criminoso. Assim, na lição de SYDOW (2017), haveria um dever de investigação, porque: quando alguém está ciente de que a conduta que se está prestes a praticar poderia impor risco substancial e injustificável a outros [ao bem jurídico protegido pela norma penal], adquirir-se-ia o dever de investigar utilizando-se de meios razoáveis se tais riscos poderiam realmente se materializar. (SYDOW, 2017, p. 120).

Como diz o autor, o dever de cuidado por meio do critério do homem médio não poderia ser suficiente ao julgador, pois se entende que há mais circunstâncias quanto a situação da cegueira.

Não haveria, por exemplo, critério objetivo para avaliar-se a capacidade de cada indivíduo de suspeitar das circunstâncias de casos concretos. Dessa maneira, faltaria modo preestabelecido para a compreensão do dever de cuidado, uma linha que separa o

risco permitido do risco proibido ao agente, o que pode abrir margens para arbitrariedades.

Uma solução é à falta de parametrização, SYDOW (2017) sugere que o julgador nas situações de cegueira deliberada avalie os cuidados que poderiam ter sido tomados pelo agente a partir da conjugação do trinômio (1) incertezas trazidas pela situação, (2) meios razoáveis de investigação(ao alcance do homem médio) e (3) informação disponível(grau de disponibilidade objetiva da informação). (SYDOW, 2017, p. 153).

4.2 Do princípio da alta probabilidade como justificativa de aplicação

A aplicação do princípio da alta probabilidade disseminou-se na Suprema Corte dos Estados Unidos a partir de 1969, tendo o abandono do uso de dever de cuidado como justificativa para a ignorância deliberada. No entanto, essa lógica não se aplica de maneira uniforme no país, como alguns Estados não aderiram a esta lógica, dentre esses, alguns permanecem focados na lógica do dever de cuidado para utilização da teoria.

Em rápida análise, verifica-se que todos os institutos do *mens rea* estabelecidos pelo *Model Penal Code* pressupõem que o agente tenha consciência de sua conduta frente ao injusto. Para que não houvesse permissão legal para o desconhecimento proposital, o MPC não previu a teoria da cegueira deliberada em seu texto, mas veio a preencher a lacuna jurídica com o princípio da alta probabilidade.

A alta probabilidade serviu de instrumento ao magistrado para presumir o conhecimento do agente quanto a elementares do tipo, equivalendo a ideia de alta probabilidade de conhecimento com o conhecimento em si. (SYDOW, 2017, p. 153).

Ocorre que não há conceituação rígida da expressão, tampouco há na doutrina norte americana conformidade na flexibilização da expressão “alta probabilidade”. Em verdade, existem problemas em tal país para a aceitação dos requisitos de tal lógica, haja vista os graves problemas em sua aplicação. (SYDOW, 2017, p. 129).

O autor critica a terminologia da expressão, apontando que, na verdade, trata-se de verificação de circunstância de previsibilidade e não de probabilidade, o que pressuporia cálculo objetivo das consequências de sua conduta, o que não ocorre na realidade. Explica o autor:

> No máximo, um cidadão conseguiria exercitar uma projeção de resultados possíveis de sua atitude. Mas tal instituto é o da previsibilidade. Entregar ao cidadão o ônus de identificar todas as variáveis possíveis e ponderar quantas delas o colocariam em situação de ilícito é, em verdade, irreal. É apanhar o conhecimento que o magistrado tem post facto e presumi-lo ante facto.

(SYDOW, 2017, p. 161).

Desta forma, o tempo de apuração da "alta probabilidade" também seria problemático, já que por vezes a identificação acontece em momento posterior, quando já verificado o resultado danoso e revelado todos os detalhes. Segundo BURGEL (2017), a falta de dados objetivos, com o conceito de previsibilidade limitado ao âmbito de discricionariedade e subjetividade do julgador resultaria em grave problema de ordem dogmático-penal. (BURGEL, 2017, p. 479).

ROBBINS (1990), como representante da doutrina norte-americana, defendeu que a proposição do *Model Penal Code* de igualação entre alta probabilidade e conhecimento real não deveria ser utilizada para condenações por ignorância deliberada. Isso porque a alta probabilidade se assemelharia mais ao estado mental "*recklessness*" do que ao "*knowingly*", onde deveria ser enquadrada, o que seria mais adequado do que a manipulação desaconselhável do conceito de conhecimento. (ROBBINS, 1990, p. 231).

4.3 Da equivalência da cegueira deliberada com o dolo eventual

O Código Penal começou a prever tipos dolosos e culposos, tendo elementos subjetivos que possuem o ponto comum do conhecimento do agente quanto à conduta tomada. O dolo tem sua categoria jurídica como sinônimo de representação e vontade, quanto ao dolo eventual, o agente não busca diretamente o resultado, mas procura o resultado no mínimo lesivo. (CÓDIGO PENAL, 1940, Decreto-Lei 2.848).

No dolo eventual, o agente conhece os riscos e resultados de sua conduta(consciência), ou seja, os efeitos colaterais possíveis, e os aceita ou tolera (vontade). Na culpa inconsciente, o agente além de não tem representação sobre os elementos do tipo, apenas previsibilidade, também não tem vontade de realizar o tipo, como consequência lógica. (CÓDIGO PENAL, 1940, Decreto-Lei 2.848).

O dolo, por ser vontade de realizar o tipo (elemento volitivo), deve ser permeado pelo conhecimento atual das circunstâncias do caso concreto (elemento cognitivo). Desprezando tais conclusões, encontram-se os julgados colacionados na subseção anterior. Em análise específica, a situação mais incoerente é o acórdão do TRF4 apontado na subseção antecedente. (CÓDIGO PENAL, 1940, Decreto-Lei 2.848).

No acórdão, definiu-se que a ré agiu em cegueira deliberada quando não buscou ter conhecimento sob todos os elementos do tipo do art. 171 do CP, ao não investigar se

os saques de benefício pós-morte de sua mãe representavam vantagem ilícita. O que surpreende é a consideração de que a ré agiu com dolo direto, em vontade livre e consciente de praticar o delito de estelionato, não obstante a ausência de elemento cognitivo do dolo. (CÓDIGO PENAL, 1940, Decreto-Lei 2.848).

Também em ilógica exposição, a sentença da AP 5047229-77.2014.4.04.7000/PR o juízo da 13ª Vara Criminal Federal do Paraná, quando defende a equiparação do dolo eventual e cegueira deliberada nos seguintes moldes:

> Apesar do trabalho argumentativo de destaque efetuado pela Defesa de Carlos Habib Chater, viável a equiparação entre cegueira deliberada e dolo eventual. No dolo eventual, o agente representa o resultado delitivo como uma probabilidade e persiste na realização da conduta típica que pode levar ao resultado delitivo de forma indiferente à representação realizada. É o que ocorre, por exemplo, quando se desfere um tiro na direção de alguém, mesmo quando o agente não deseja o homicídio, mas, tem o resultado delitivo, morte, como provável e assume o risco de produzi-lo. É o que também ocorre quando o agente tem presente a elevada probabilidade de que os recursos envolvidos em uma transação têm origem criminosa, mas ainda assim persiste em sua realização, indiferente ao resultado delitivo. Isso especialmente, como é o caso, quando o agente tinha condições de aprofundar seu conhecimento sobre o resultado de suas ações. (BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal do Paraná. Ação Penal n. 5047229-77.2014.4.04.7000, 2017, p. 78).

No exemplo, o agente está ciente de todos os elementos do tipo do art. 121 do CP, quais sejam “matar” e “alguém”, pois empunha e defere tiro com arma de fogo capaz de tirar a vida de outrem, sabendo que é um ser humano que se encontra em sua frente.

O indivíduo do exemplo seguinte não tem conhecimento atual das circunstâncias dos crimes do Art. 1º e parágrafos da lei n. 9.613/1998(lavagem de capitais). Pelo contrário, saberia apenas da “elevada probabilidade” de que os recursos tivessem origem de infração penal. Em outra decisão proferida pelo mesmo julgador, fala-se em representação da probabilidade. (BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal do Paraná. Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000, 2017, p. 105).

Noutro trecho da sentença, ainda se referindo a cegueira deliberada, demonstrando que a indiferença em investigar e aprofundar-se na origem dos valores e a falta de conhecimento é comum em crimes de tal natureza, argumenta:

> Aquele que habitualmente se dedica à lavagem de dinheiro de forma autônoma, o profissional da lavagem, é usualmente indiferente à origem e natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos. O conhecimento pleno da origem e natureza criminosas é até mesmo indesejável porque pode prejudicar a alegação de desconhecimento em futura e eventual persecução penal. O cliente, ademais, também não tem interesse em compartilhar as informações acerca da origem e natureza específica do provento do crime. Quanto menor o

> número de pessoas cientes do ocorrido, tanto melhor. O lavador profissional que se mostra excessivamente "curioso" pode ou perder o cliente ou se expor a uma situação de risco perante ele. O natural, nessas circunstâncias, é que seja revelado ao agente da lavagem apenas o necessário para a realização do serviço, o que usualmente não inclui maiores informações sobre a origem e natureza do objeto da lavagem. (BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal do Paraná. Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000, 2017, p. 105).

O trecho acima demonstra a quem habitualmente se dedica a lavagem de dinheiro, lavadores, que possuem o conhecimento necessário do serviço de ocultação e dissimulação de bens. Esses indivíduos não têm consciência do crime antecedente à lavagem, mas sim da origem ilícita dos ativos movimentados. Assim, tais pessoas não poderiam ser inseridas na forma de ignorância deliberada. Quando se tem consciência dos elementos do tipo penal e se tem o desejo de realizá-lo, tendo pelo menos a aceitação do resultado é sim um verdadeiro delinquente em conduta dolosa.

A ignorância do elemento do tipo não pode ser da situação já sabida, mas sim pela ausência de esforço na busca de esclarecimento de situação suspeita. No exemplo de SYDOW (2017), "aquele que conhece o conteúdo de uma mala e finge não conhecer para tentar evitar responsabilidade age com dolo. Também, aquele que apanha uma arma, aponta no rosto de outrem e aperta o gatilho dizendo que não sabia que estava carregada." (SYDOW, 2017, p. 60).

Com o mesmo contrassenso, a acórdão do TRF4 relacionado ao crime de sonegação de tributos, mencionado em subseção anterior considerou que o contador estivesse em ignorância deliberada, pois fechou os olhos para o disparate entre os valores declarados pelo cliente e aqueles mantidos no exterior. No acórdão, em acolhimento de parecer ministerial, fez-se consignar que a diferença era suficiente para revelar a fraude na declaração às autoridades fazendárias, circunstância tão flagrante que "causa[ria] estranheza para qualquer leigo no assunto, quanto mais deveria causar a perito em tal matéria." (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 2003.70.00.056661-8, 2010).

Para se ter a determinação do cometimento do crime com verdadeiro dolo, dar-se pela obviedade do conhecimento do agente acerca dos elementos do tipo. Assim, não se necessita a utilização da teoria da cegueira deliberada, tendo comprovado que o agente tinha conhecimento dos elementos do tipo, ignorando o resultado, em evidente dolo eventual. (BURGEL, Letícia, 2017, p. 479 – 505).

A imputação subjetiva é tarefa de análise do juiz e parte de critérios de interpretação de condutas aliada ao conjunto de elementos de materialidade para se

mensurar à vontade na conduta do agente. O dolo, portanto, não se forma na mente do autor, como se supõe, mas sim na mente do juiz, sendo extraído da situação fática investigada. (SYDOW, 2017, p. 234).

Na ação penal nº.470 é citado o seguinte trecho a respeito da prova do dolo: (BRASIL, Ação Penal nº 470, 2017).

> [...] a matéria localiza-se no mundo das intenções, em que não é possível uma abordagem mais segura. Por isso, a prova do dolo (também chamado dolo genérico) e dos elementos subjetivos do tipo (conhecidos como dolo específico) são aferidas pela via do conhecimento dedutivo, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras de experiência comum do que ordinariamente acontece (OLIVEIRA, 2013, p. 295)

Percebe-se, em verdade, que frente à dificuldade na comprovação do efetivo conhecimento dos acusados, recorre-se à utilização da teoria da cegueira deliberada para efeitos de condenação, cometendo-se o erro elementar na equiparação dos institutos do dolo eventual e da cegueira deliberada. A utilização da teoria "acarreta uma inversão do que realmente deve ser analisado, uma vez que deixa de analisar o que o sujeito sabe – bem como o que é por ele representado – analisando apenas o que ele não sabe. (BURGEL, 2017, p. 479 – 505).

4.3.1 Dos julgados brasileiros acerca do assunto

A teoria é citada na jurisprudência brasileira em ramos alheios ao direito penal, e em outros direitos de forma tímida. No direito penal, a teoria da cegueira deliberada é aplicada com mais frequência em julgados nos crimes de lavagem de dinheiro, mas a teoria alcança delitos como estelionato, peculato, sonegação fiscal e corrupção no âmbito eleitoral.

Segundo Valente (2017):

> [...] é comum que, em se tratando de lavagem de capitais, o autor, fingindo desconhecimento, coloca-se em situação de ignorância acerca dos bens, direitos e valores provenientes, direta ou indiretamente, da infração penal antecedente (crime periférico), a fim de se elidir da responsabilidade criminal e não responder pelo crime capitulado no artigo 1º da Lei 9.613/1998, com alteração trazida pela Lei 12.683/2012.

A lei que tratava do referido crime era a Lei nº. 9.613, de 1998. Porém, ela foi

revogada pela Lei nº. 12.683, de 2012, que trouxe algumas modificações significativas em relação ao art. 1º da Lei, ao retirar o rol taxativo previsto no referido artigo que tratava dos crimes que seriam considerados como lavagem de dinheiro. (Lei nº. 12.683, de 2012).

Com a nova edição da lei, o artigo 1º, passou a dispor apenas:

> Art. 1o. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa (BRASIL, 2017b).

Tendo em vista o artigo, apura-se que as condutas previstas são ocultar (esconder, tapar, abafar) e dissimular (não demonstrar, camuflar, acobertar). Verifica-se que aqui se teve a intenção de prever uma conduta tanto comissiva quanto omissiva dos delitos de lavagem de dinheiro. Além do que, o legislador apenas requisitou o dolo genérico para que o crime fosse configurado, que se tivesse o conhecimento e a vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, não exigiu nenhuma intencionalidade específica, sendo suficiente o conhecimento e a vontade de obter o resultado. (Lei nº. 12.683, de 2012).

Nos crimes de lavagem de dinheiro, a imputação do delito não é somente do autor, mas também daquele que se põe em um modo de desconhecimento tendo em vista as situações suspeitas acerca da origem ilícita dos bens. É o que traz o § 1º, I e § 2º, I do artigo 1º da Lei nº. 12.683, de 2012.

> § 1o Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:
> I – os converte em ativos lícitos;
> [...]
> § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:
> I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;
> [...] (BRASIL, 2017b).

Além de excluir o rol taxativo do artigo 1º da antiga Lei nº. 9.613 de 1998, a nova Lei da Lavagem de Dinheiro modificou seus parágrafos. Antes, continha a expressão "sabe serem provenientes" e, agora, com a edição da lei passou a utilizar o termo "provenientes", eliminando, dessa forma, a referência expressa ao dolo direto. Todavia, não faz menção expressa ao dolo eventual. Foi diante dessa modificação que passou a se

discutir a possibilidade de responsabilizar o agente por dolo eventual nos delitos de lavagem de capitais e, consequentemente, a possibilidade de utilização da teoria da cegueira deliberada a esse crime. (Lei nº. 12.683, de 2012).

Em julgamento de crime de estelionato previdenciário, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que a ré, por continuar a sacar benefício previdenciário após o falecimento de sua mãe, sem assegurar que poderia fazê-lo, atuou com dolo direto, em vontade livre e consciente de obter vantagem ilícita. Para tanto, considerou que a acusada, em conduta omissiva, não se informou quanto à licitude de sua conduta, agindo em "espécie de cegueira deliberada". (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 0000870-49.2008.404.7006, 2012).

Em outro julgado140, o TRT da 4ª Região aplica o instituto no julgamento de crime de sonegação de tributos. O tribunal considerou que o acusado praticou o crime com dolo eventual, assumindo o risco do resultado de sua conduta. Isso pois, na qualidade de contador de cliente sonegador, réu teria "fechado os olhos deliberadamente" para o disparate entre a renda declarada pelo cliente e o valor disponível em moeda estrangeira no exterior, afirmando que "o acusado agiu com cegueira deliberada." (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 2003.70.00.056661-8, 2010)

A interpretação dos julgadores também se remete ao dolo eventual na esfera dos crimes eleitorais, sendo mencionada em oito julgados do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, porque consideraram as decisões que os acusados assumiram o risco de praticar corrupção eleitoral. (GEHR, 2012, p. 46)

Não obstante as aplicações acima narradas, existem três casos emblemáticos que envolvem o instituto e nos quais se discute mais claramente o elemento subjetivo do crime sob tal ótica. Como fator comum, discute-se acerca do crime de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores provenientes de infração penal.

O primeiro deles é o caso do Assalto ao Banco Central de Fortaleza, julgado em 1º grau pela Justiça Federal e em grau recursal pelo TRF da 5ª Região. Em breve resumo, os furtadores do banco, que subtraíram a quantia de R$164.755.150,00(cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais) da instituição, adquiriram no dia seguinte 11(onze) veículos, efetuando o pagamento em espécie, no valor de R$980.000,00(novecentos e oitenta mil reais). (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal n. 5520-CE 2005.81.00.014586-0, 2008)

Com base nisso, os sócios proprietários da empresa de venda de veículos foram

condenados pela prática do crime de lavagem de capitais com base na teoria da cegueira deliberada. No 1º grau, o magistrado resumiu a teoria e determinou sua aplicação ao crime de lavagem de dinheiro mediante a existência de dois elementos, quais sejam o (1) conhecimento do agente de que havia alta probabilidade de que os bens e valores eram provenientes de crime e (2) a indiferença do agente perante esse conhecimento.

Em grau recursal, a corte absolveu os acusados por entender que não havia elementos na sentença que comprovassem o dolo direto dos acusados, o que seria exigido pelo tipo. Entretanto, consignou ao final que a teoria se equipara à figura do dolo eventual, podendo ser perfeitamente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro quando o tipo admita a punição a tal título.

O segundo caso emblemático no qual a teoria foi discutida é a Ação Penal nº. 470 ("Mensalão"), originária no STF. Na análise acerca de repasses realizados por parlamentares e a possível configuração do crime de lavagem de capitais, iniciou-se discussão acerca da condenação dos réus na modalidade do dolo eventual. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470, 2013).

A Ministra ROSA WEBER fundamentou em seu voto a possibilidade de admissão do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, aplicação com perceptível motivo de política criminal:

> [...]houve, no caso do PP e do PL, a contratação de empresas financeiras que lavaram o numerário repassado pelas contas das empresas de Marcos Valério de uma forma bastante sofisticada. Ainda que tivessem ciência da elevada probabilidade da procedência criminosa dos valores lavados, é difícil, do ponto de vista probatório, afirmar a certeza dos dirigentes dessas empresas quanto à origem criminosa dos recursos. Sem admitir o dolo eventual, revela-se improvável, em regra, a condenação dos lavadores profissionais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470, p. 1272).

Para sustentar a argumentação, faz constar a Ministra que o reconhecimento de dolo eventual é favorecido pela doutrina da cegueira deliberada. Consigna ROSA WEBER que a teoria, embora seja construção da *common law*, é acolhida pelo Supremo Tribunal Espanhol em casos de lavagem de dinheiro, sendo que a corte, de tradição de *civil law*, equipara a figura da cegueira ao dolo eventual. (BRASIL, Ação Penal 470, p. 1273).

Apresenta a Ministra que, para a configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de capitais nas Cortes norte-americanas exigiriam três requisitos, os quais seriam os mesmos e suficientes à condenação dos réus à título de dolo eventual, confundindo a aplicação das duas figuras:

> Não cabe excluir, portanto, a possibilidade de o crime de lavagem ser praticado com dolo eventual, o que ocorre quando o agente pratica condutas de ocultação e dissimulação, tendo ciência de que o objeto da transação envolve, com elevada probabilidade, produto de crime, e, mesmo com esse conhecimento, permanece indiferente às consequências de seu agir delitivo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470, p. 1273).

No mesmo sentido, o Ministro CELSO DE MELLO (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n. 677), admitiu a configuração do crime mediante dolo eventual, "cujo reconhecimento apoiar-se-ia no denominado critério da teoria da cegueira deliberada ou da ignorância deliberada". Em posicionamento diverso, o Ministro DIAS TOFFOLI discordou da aplicação da teoria. No debate sobre o voto, questiona: "Sim, mas como haver cegueira deliberada sobre tipo que a pessoa desconhece? É impossível!"

Percebe-se que a opinião do Ministro DIAS TOFFOLI se dá por entender que não há comprovação de conhecimento por parte dos acusados do elementar típico que indica a procedência ilícita dos valores. Mais uma vez, assim, outro ministro associa a figura da cegueira deliberada com o dolo eventual, como se sinônimos fossem.

O último exemplo de aplicação da teoria a ser analisado é derivado da "Operação Lava Jato". Na Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000, parcela da defesa arguiu que os réus não tinham conhecimento da origem ilícita dos valores empregados em movimentações realizadas na lavagem de dinheiro, o que excluiria o dolo em suas condutas pela ausência de conhecimento de elemento do tipo.

Na sentença do caso, em análise à possibilidade da utilização do instituto do dolo eventual em relação à lavagem de dinheiro, o magistrado considerou pertinente a exposição da *willfull blindness*, que seria, em tese, equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu, fazendo constar no decisório que já teria escrito sobre o tema em obra dogmática. (MORO, 2010).

Para justificar a aplicação da teoria, do mesmo modo que se fez na ação penal 470, o Magistrado SÉRGIO MORO apontou para trecho de decisão da STS 55/2005 do Supremo Tribunal Espanhol, argumentando que o instituto foi adaptado ao *civil law* pelo tribunal espanhol quando assimilado ao dolo eventual. Ignorando parecer jurídico de RAGUÉS I VALLÈS (2013), apresentado por um dos acusados, "no sentido de que a questão não estaria tão pacificada no Direito espanhol, o fato é que a doutrina da cegueira deliberada e a sua equiparação ao dolo eventual já encontram abrigo na jurisprudência

pátria." (BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal do Paraná. Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000, 2017, p. 103).

Além disso, também trouxe à tona julgado do TRF da 4ª Região, no qual foi empregado o conceito para os crimes de contrabando e descaminho, apontando, ainda, que na Ação Penal nº. 470 foi invocada incidentalmente a teoria e sua equiparação com o dolo eventual.

Idêntica linha de raciocínio e argumentação foi utilizada pelo juízo nas AP 504722977.2014.4.04.7000/PR e AP 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. É de se notar nas sentenças proferidas pelo juízo da 13ª Vara Criminal Federal do Paraná que o magistrado se utiliza frequentemente da figura da cegueira/ignorância deliberada para fins de condenação por dolo eventual em crimes de lavagem de capitais.

Importante ressaltar, que o juiz titular da vara funcionava como assistente da Ministra ROSA WEBER quando do julgamento do Mensalão, ocasião em que a Ministra ao equiparou o dolo eventual com a cegueira deliberada mediante a utilização do critério de 'alta probabilidade'. (CANÁRIO, 2012).

4.3.2 A aplicação da teoria pelo Supremo Tribunal Espanhol

Os julgadores na Ação Penal nº. 470 e nas sentenças da Operação Lava Jato, com intuito de legitimar o uso da teoria, usam de mecanismos para mencionar julgados espanhóis com teor do mesmo assunto, demonstrando que o instituto seria indistintamente aplicado naquele país em situações de dolo eventual. No entanto, a aplicação do instituto em equiparação ao dolo eventual não é pacificada no Direito Espanhol. (BRASIL, Ação Penal nº 470, 2017).

Para explicar essa questão, o Supremo Tribunal Espanhol, em sua transposição da teoria *civil law*, limitou-se ao raciocínio empregado no caso *Spurr vs. United States*, assim, deixando de levar em conta o evoluir da cegueira no que tange ao aspecto da "alta probabilidade" de conhecimento. (SILVEIRA, 2016, p. 255 – 280).

A cegueira deliberada no modelo *Spurr* não compreende que o agente tenha consciência de risco gerado pelo não buscar a informação, mas sim que o indivíduo aja sem consciência, em situação de desconhecimento que poderia ser evitada com a investigação, o que exclui, de plano, a possibilidade de dolo eventual. (SYDOW, 2017, p. 214).

Tanto é assim que RAGUES I VALLÈS (2013), mostra a diferença entre o dolo

eventual e a ignorância com clareza, sugerindo a aplicação da cegueira como instituto ímpar, o que foi ignorado pelo Tribunal, que aplicou a teoria baseando-se em noções equivocadas dos institutos norte-americanos.

Além disso, a análise mais apurada dos precedentes espanhóis utilizados permite concluir que o paralelismo alegado pela jurisprudência brasileira ignora a situação jurídica completamente diversa daquela encontrada na Espanha. O Código Penal Espanhol não possui definição fechada de dolo, limitando-se a estabelecer que não há pena sem dolo ou imprudência. (SILVEIRA, 2016, p. 255 – 280).

Portanto, o sistema legal espanhol permite a adaptação de conceitos da *common law* com mais facilidade, ainda que de maneira equivocada. Na dogmática espanhola, não há determinação legal de conjunto que envolva representação, consentimento ou vontade, ao revés do ordenamento jurídico brasileiro, que não admite o alargamento do conceito de dolo, haja vista disposição legal expressa dos artigos 18 e 20 do CP. (SYDOW, 2017, p. 215).

Desta forma, não se adapta ao sistema penal brasileiro os julgados espanhóis, que mostram o sujeito que apenas não investigou a situação suspeita quando tinha o dever, dessa forma, imputavam-lhe a prática do crime na modalidade de dolo eventual.

4.3.3 A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro

O Código Penal, em seu artigo 18, inciso I diz que o crime é doloso na hipótese de o sujeito querer que o resultado ocorra (dolo direto) ou que ele assume o risco de produzir tal resultado (dolo eventual). Como já é sabido, o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da vontade, que determina que o agente tenha conhecimento dos fatos para que seja caracterizado o dolo.

> [...] o conceito de dolo é constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento ou consciência do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade ou, no caso do dolo eventual, a assunção do risco de realizá-la. O primeiro elemento, o conhecimento (representação), é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele (AROUCK, 2017).

Na modalidade do dolo eventual, existe uma redução em tais elementos em relação ao dolo direto de primeiro grau, dessa forma a redução não significa que não tenha tais elementos e, é partir daí, que se afirma que, quando tratado em teorias volitivas,

adotada no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer tipo de dolo requer o mínimo conhecimento, concluindo-se, assim, seja no dolo direto ou eventual, o conhecimento acerca do fato é imprescindível e, por isso, surgem as diversas críticas acerca da aplicação da teoria da cegueira quando equiparada ao dolo eventual.

> É inconvincente o argumento que tenta equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual, pois ao se examinar esse posicionamento em conjunto com os fundamentos da teoria da "imputação objetiva", verifica-se que esta última, ao invés de facilitar a atribuição de responsabilidade penal, na realidade, lhe opõe obstáculos, notadamente porque busca resolver algumas lacunas deixadas por outras teorias, como o próprio finalismo ou a conditio *sine qua non* (BARROS E SILVA, 2015).

Para Barros e Silva (2015), não se pode aderir a "implícita incorporação" da doutrina das instruções do avestruz em nosso ordenamento jurídico, quando o objetivo é que ela seja aplicada, sem expressa previsão legal, como uma ferramenta de longa *manus* (executor de ordens) do dolo eventual.

> [...] parece ficar clara a existência de uma contradição na aplicação indiscriminada da cegueira deliberada em sede brasileira. As noções de "saber" (vontade) e de "dever saber" (risco), nem sempre se amoldam ao que seria "fechar os olhos", muito menos a uma alta probabilidade. Existem situações em que uma alta probabilidade pode até implicar em dever saber, mas nem sempre. Os limites da cegueira implicariam uma leitura de algo diverso do dolo. Se isso é verdade, estar-se-ia, aqui, a pretender uma imputação para além do que permite o Código Penal brasileiro, o que seria, em si, ilegal e ilegítimo (SILVEIRA, 2016)

Muitas são as críticas a respeito da importação da doutrina, RAGUÉS I VALLÈS (2007) acredita que a figura do dolo eventual permite uma resolução satisfatória a maior parte dos casos onde o agente deixou de conhecer voluntariamente os fatos penalmente significativos de certa conduta, não necessitando a utilização da teoria da cegueira.

> [...] qualquer que seja a teoria importada de outros ordenamentos jurídicos, só haverá espaço no ordenamento jurídico pátrio se forem compatíveis com os critérios estabelecidos na norma, principalmente em se tratando de teorias que geram uma perigosa vis expansiva na intervenção criminal (extensão do conceito de dolo), sob pena de violação irreversível do princípio da legalidade [...]. Ao que tudo indica, trata-se de uma equivocada equiparação por parte da jurisprudência entre dolo eventual e cegueira deliberada. Afinal, caso só se tratasse de uma teoria que fomenta a existência de dolo eventual, não haveria necessidade de perder tanto tempo com debates sobre esse "elemento estranho" que vem se expandindo cada vez mais nas sentenças penais condenatórias (AROUCK, 2017)

Segundo Arouck (2017), a teoria da cegueira deliberada tem de ser compatível

com o ordenamento jurídico brasileiro. Ela pode ser aplicada, o que não pode é servir com um simples fundamento do elemento subjetivo do dolo ou até mesmo da culpa. O que não é possível, é que ela configure um terceiro elemento subjetivo. Em se tratando dos crimes de lavagem de capitais, para os que acreditam que é possível a responsabilização por dolo eventual, este parece resolver bem a questão, não sendo precisa a utilização da teoria da cegueira deliberada.

4.4 Modos de enfrentamento da Teoria frente ao Direito Brasileiro

Sendo exposta os problemas e os erros que estão envolvidos na aplicação da teoria da cegueira deliberada diante da jurisprudência brasileira, faz-se, necessária a investigação desta teoria na realidade jurídica brasileira, para se adequar à transposição pretendida pelos julgadores.

4.4.1 Da impossibilidade de aplicação da teoria do erro

No perfil do elemento subjetivo do crime no sistema penal pátrio, foi verificado que a legislação brasileira não obteve a identificação quanto as situações de criações de desconhecimento de elementos do tipo quanto a responsabilização do agente.

Apresentando assim o defeito de conhecimento, o ordenamento jurídico interpreta como erro do tipo, assim, atingindo diretamente o elemento intelectual do dolo e o excluí. Dessa forma, se o erro como circunstância de falsa percepção da realidade, é figura para aniquilar o dolo na conduta do autor, portanto, a ignorância, que é o total desconhecimento, também deveria servir para excluí-lo, mas a doutrina do erro se torna incompatível, no que se refere à cegueira deliberada em sentido estrito e a ignorância deliberada.

Quanto a cegueira deliberada o agente desconhece os elementos do tipo, por que criou uma estratégia de forma propositalmente a fechar os olhos para as circunstâncias de tal situação. Já na ignorância deliberada, a não investigação de uma suspeita também é realizada de forma deliberada, desse modo, as circunstâncias impedem a aplicação dessa lógica do erro, por que se presume que o agente não tenha criado a própria situação de falta de conhecimento.

4.4.2 Da solução para a cegueira deliberada em sentido estrito

Como já exposto, da cegueira deliberada em sentido estrito, onde se revela as consequências ilícitas não desejadas, por tal condição, segundo SYDOW (2017), não haveria possibilidade de enquadrar a cegueira deliberada em sentido estrito em nenhuma das figuras relacionadas com o elemento subjetivo do crime adotado pelo direito brasileiro.

Em razão da fragilidade do nexo de causalidade entre a conduta do cego e o resultado danoso, mostra que por muitas vezes o responsável pelo obscurecimento não é o responsável pela consequência indesejada.

Além disso, entre a conduta de obscurecimento (em que o agente desenvolve estratagemas para não conhecer) e a descoberta do resultado lesivo podem-se passar meses e até anos, o que torna a relação de causalidade ainda mais fraca. E a conduta de evitação de conhecimento por si, sem a verificação de resultado lesivo, é mera colocação em estado de inconsciência que não pode ser punida, por ser fato antecedente sem nenhum significado.

Assim, castigar a prevenção do conhecimento seria punir ato preparatório que não se insere no *iter criminis*, o que violaria o princípio de intervenção mínima do Direito Penal e traria insegurança jurídica à sociedade. Como solução para os casos de cegueira deliberada em sentido estrito, SYDOW (2017), considera que o tratamento de Direito Administrativo é suficiente, pois impõe medidas administrativas que geram dever de cuidado a determinados agentes.

Dessa maneira, tendo em vista que para a configuração de dolo o conhecimento dos elementos do tipo penal devem ser atuais e não futuros, o legislador deveria prever controles administrativos preventivos (ou punições) por criminal *compliance*, que se adequa melhor ao caso da cegueira deliberada em sentido estrito. (SYDOW, 2017, p. 114).

> [...] a Administração Pública criaria regras comportamentais para sujeitos – p. ex. pessoas jurídicas – que fizessem com que este agente obrigatoriamente cuidasse administrativamente do trato de informações com as quais lida para, assim, não sofrer multa ou demais sanções. Nesse sentido, legislação como a do transporte rodoviário de cargas no sentido de que o motorista comercial é obrigado a carregar documentação comprobatória dos materiais que transporta (LEI N° 11.442, 2007).

Nesse âmbito também se inserem as regras de prevenção e combate à Lavagem

de capitais proveniente da Lei n. 9.613/98 e o Projeto de Lei n. 6.862/10 que prevê responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica por atos contra a administração pública.

Desta forma, trazendo um exemplo, quanto ao diretor financeiro de banco que determina aos gerentes que não lhe informem de situações suspeitas de lavagem de capitais, em ato anterior a possível e não certa, descoberta de efetivo esquema de lavagem do qual referido banco fazia parte a fim de evitar sua responsabilidade caso surjam consequências danosas.

Suponha-se que o resultado, qual seja a efetiva dissimulação de movimentação de valores provenientes de infração penal, efetivamente ocorra com intervalo de cinco anos após a ordem dada pelo diretor. E mais: o ato da lavagem foi praticado por terceiro, um gerente da instituição.

Por falta de nexo de causalidade adequado e ausência de consciência no momento da conduta que gerou o dano, não caberia imputação ao gerente do crime de lavagem de capitais. Mais prudente seria, portanto, deixar à seara administrativa a punição do diretor por tentar isentar-se de responsabilidade que lhe seria devida, em respeito ao caráter fragmentário do Direito Penal.

4.4.3 A proposta para a ignorância deliberada

Em relação à ignorância deliberada, poder-se-ia utilizar a lógica do dever de cuidado exposta em capítulo anterior, com base em conduta omissiva do autor em investigar uma suspeita. Assim, quando o agente estivesse frente à conduta que pudesse impor risco fundamental e justificável a bem jurídico tutelado por norma penal, nasceria seu dever de buscar a informação, haja vista o "dever de investigação razoável para evitar riscos não permitidos", previsto no art. 13, §2º do Código Penal.

Faltam, no entanto, critérios objetivos para atribuição de suspeitas que ensejariam o dever de investigar, subjetivação que abriria margem pra arbitrariedades. Ademais, a atribuição do delito à título de culpa inconsciente (sem representação, mas com previsibilidade), acarretará, em alguns casos, na atipicidade da conduta pela ausência de tipo culposo, da maneira como ocorre com o delito de lavagem de capitais.

Frise-se que a lógica de violação de dever de cuidado restringe-se às situações de ignorância deliberada, excluindo-se a cegueira deliberada em sentido estrito, pois, sem dúvidas, não há possibilidade de reprimir-se de deveres de cuidado em situações futuras

e incertas.

Assim, demonstrado que a dogmática do dolo e da culpa são insuficientes, pois na cegueira deliberada o elemento "consciência" é fragilizado e a teoria do erro mostra-se incompatível, a aplicação da teoria como instituto jurídico independente seria a resposta em tais casos.

Analisemos o caso paradigmático da teoria: uma pessoa transporta uma mala a pedido de alguém que lhe oferece pagamento em troca do serviço, aceitando a tarefa sem fazer questionamentos e/ou verificar o conteúdo do volume. Quando o agente é apanhado em fiscalização no aeroporto e se descobre que a mala tinha carregamento de cocaína, alega que não conhecia o que transportava, estando em desconhecimento do elemento do tipo "drogas" (Art. 33 da lei n. 11.343/06).

O delito do art. 33 não comporta modalidade culposa, motivo pelo qual dispensa-se a análise de lógica do dever de cuidado. Como já discutido, a figura do dolo eventual não pode ser utilizada pois o agente não conhece o risco que está gerando e, por essa razão, não pode tolerar o resultado de sua conduta. Não há de se falar tampouco em erro vencível, haja vista que a falta de investigação foi ação deliberada, o que não coaduna com a doutrina do erro.

Dada a insuficiência da dogmática do dolo e da culpa, pois na ignorância deliberada a consciência do agente é fragilizada, o mais acertado movimento seria a reformar o sistema de imputação subjetiva brasileiro. RAGUES I VALLÈS (2007), em proposta de tratamento, sugere uma evolução do sistema na linha do realizado pelo *Model Penal Code* norte-americano, com a criação do "maior número de modalidades de imputação subjetiva que permitam captar adequadamente as peculiaridades de cada caso e conferir tratamento mais proporcional às consequências da cegueira."

Entretanto, frente à possibilidade de mais controvérsias a respeito da aplicação do instituto e a de modo a diminuir a arbitrariedade do julgador, o que se sugere é a criação de modalidade independente de imputação subjetiva. Dessa maneira, o art. 18 do Código Penal brasileiro abrangeria, além do dolo e da culpa, a figura da criação do estado de ignorância para fins de responsabilidade subjetiva, quando devidamente observada e comprovada em instrução criminal. (CÓDIGO PENAL, 1940, Decreto-Lei 2.848).

Outrossim, a solução para a aplicação da teoria é a previsão legal de novo instituto de imputação subjetiva, em respeito ao garantismo penal e ao princípio da legalidade, de maneira a preencher prudentemente as lacunas identificadas, sem entregar o instituto aos magistrados a fim de servir arbitrariamente a alargar o conceito de dolo.

5 CONCLUSÃO

Com a evolução das escolas penais alemãs, a estrutura do crime tripartida de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade foi profundamente alterada e reinterpretada até as mudanças mais importantes causadas pelo finalismo de WELZEL. A concepção finalista foi responsável por modificar a dogmática da culpabilidade, deixando que fosse dotada somente por elementos normativos.

Deu-se, dessa maneira, a realocação da culpa em sentido amplo para tipicidade, em razão da nova percepção de que o tipo tinha também esfera subjetiva. O elemento subjetivo do crime foi atrelado ao tipo objetivo, pois o conceito de ação como atividade final tornou a conduta do sujeito vinculada à sua vontade e consciência de realizar os elementos objetivos do tipo.

Assim, a identificação de dolo, dolo eventual ou culpa passaram a ser aplicados sempre de maneira genérica ao indivíduo, analisando somente a finalidade de sua ação e não sua 'inimizade com o direito'. O conceito de dolo natural é adotado em substituição ao 'dolo mau' elaborado pelos causalistas, que implicava automaticamente em consciência da ilicitude, seja esta atual (teoria extremada do dolo) ou potencial (teoria limitada).

O Código Penal brasileiro, após a parte geral de 1984, passou a adotar postura finalista e prever seus elementos subjetivos no art. 18, o dolo e a culpa stricto sensu. O pressuposto para a verificação do dolo na conduta do agente é o conhecimento quanto aos elementos do tipo penal, motivo pelo qual o art. 20 do diploma passou a prever que a falsa percepção sob os elementos constitutivos do tipo excluiria o dolo, remanescendo o delito culposo se houvesse previsão.

O modelo de sistema penal norte-americano não seguiu a dogmática alemã de teoria do crime, prevendo apenas os elementos do *mens rea*, algo próximo de um elemento subjetivo do crime e o *actus reus*, entendida como conduta realizada no sentido de cometer um delito. O *Model Penal Code* surgiu como guia para o Direito Penal americano, estabelecendo pressupostos mínimos a serem seguidos pelo julgador, que antes analisavam o *mens rea* arbitrariamente.

O MPC criou elementos subjetivos em graus de culpabilidade, demonstrando, assim, a ligação do sistema norte-americano com o modelo causalista e seu *dolus malus*

com a teoria psicológico normativa da culpabilidade e a teoria limitada do dolo, que previa o elemento subjetivo do crime situado dentro da culpabilidade, junto do potencial consciência da ilicitude.

Em seguida, discorreu-se acerca do surgimento da teoria da cegueira deliberada, que evoluiu seu conceito ao longo dos mais de 150 (cento e cinquenta) anos que ostenta, adaptando-se às necessidades dos tribunais estrangeiros. A teoria teve cinco momentos históricos, passando da simples identificação de abstenção intencional de obter conhecimento (*Regina vs. Sleep*), a um poder-dever de investigar uma suspeita (*Spurr*) e à alta probabilidade igualada a conhecimento de fato (*Model Penal Code*).

Em razão dos contornos históricos da teoria, sua evolução dogmática permitiu que não houvesse conceito único e bem delimitado. SYDOW cuidou de dividir a teoria em ignorância deliberada e cegueira deliberada em sentido estrito. Na primeira o agente deixa de diligenciar para sanar dúvida acerca de suspeita para se manter em desconhecimento quanto a elementos do tipo e escapar de responsabilidade criminal. Na segunda o agente trabalharia premeditadamente o elemento de inconsciência, também para se manter em desconhecimento.

RAGUES I VALLÈS estipula cinco elementos que devem ser analisados para a aplicação da teoria em caso concreto, entre eles o dever de conhecer a informação não buscada e a disponibilidade de acesso a ela, baseado na lógica do dever de cuidado. concluiu-se que esta última é maneira o Supremo Tribunal Espanhol lida com a teoria nos dias de hoje.

A responsabilização do indivíduo pela falta de conhecimento parte da violação do dever de cuidado, em razão da omissão do agente em não investigar a suspeita, numa criação de risco do resultado danoso. A hipótese, entretanto, não pode ser analisada exclusivamente frente à figura do homem médio, pois ainda encontra limitação na disponibilidade da informação e na verificação subjetiva da capacidade de suspeitar de cada indivíduo, que carece de parametrização. Na subseção seguinte procurou-se demonstrar as falhas do princípio da alta probabilidade utilizado pelo direito norte-americano, que, não obstante completamente incompatível com o conceito de conhecimento atual requerido pelo dolo, foi repetidamente utilizado em julgados brasileiros.

Aliás, a aplicação da teoria com apoio na disposição do *Model Penal Code* de equiparação entre alta probabilidade de conhecimento e conhecimento real é objeto de discordância da própria jurisprudência e doutrina daquele país, pelo que não poderia ser

importada sem maiores reflexões.

Foi observada a dificuldade de interpretação da teoria pelos julgadores brasileiros, que passaram a equipará-la com o instituto nacional do dolo direto ou eventual, seguindo precedente dos Tribunais Espanhóis. Entretanto, a cegueira deliberada, por ser situação de incompletude do quadro de conhecimento, não poderia ser equiparada ao dolo eventual, tampouco ao direto.

Em verdade, a jurisprudência brasileira, da mesma forma que agiu a espanhola, utiliza-se de conceitos próprios da *common law* sem se debruçar devidamente sob suas singularidades. Limitou-se à aceitação daquilo aplicado pelos Tribunais Espanhóis, que, além de ter sistema que guarda diferença com o brasileiro, ainda atrelou de modo errôneo o dolo eventual com a figura da cegueira.

No sentido do estudado, no ordenamento dos Estados Unidos, inexiste previsão expressa quanto à figura do dolo eventual, até porque o que se avalia é o *mens rea,* verdadeiro grau de culpabilidade do *actus reus*. O sistema de *common law* não possui um sistema valorativo equivalente ao dolo eventual continental, logo, impossível que a cegueira deliberada se porte como se dolo eventual fosse.

Adotando-se a visão de Robbins, a cegueira se assemelharia ao estado mental de *recklessness*, que não é idêntico ao dolo eventual. Isto porque o estado mental *recklessness* encontra maior relação com uma noção de culpa, porque nele o agente age em risco substancial e injustificado, em grande irresponsabilidade, mas não em aceitação de resultado.

Para o *common law*, a *mens rea*, instituto próximo de um elemento subjetivo do crime, se localiza na culpabilidade do agente, sendo analisado na sentença, com base na teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Criminaliza-se o resultado da conduta do agente e avalia-se o grau de dolo e culpa na culpabilidade e não na tipicidade.

No sentido do discorrido em seção anterior, o direito norte-americano ainda adota a dicotomia causalista de erro de fato e erro de direito. Nos crimes de intenção específica, o erro exclui o próprio estado mental do agente. Já nos crimes de intenção genérica, fala-se primeiro em racionalidade do erro para depois a verificação se ocorreu de fato.

A evitabilidade do erro é analisada antes de se ter certeza se o agente estava em conhecimento sob as circunstâncias do crime, em verdadeira presunção de conhecimento, automaticamente, do elemento cognitivo do dolo. Existe certa equivalência com a teoria limitada do dolo: pune-se o sujeito pelo que deveria saber, não pelo que de fato sabe.

Percebe-se pelo caráter das construções jurídicas da nação que a jurisprudência norte americana criou a teoria da cegueira deliberada para presumir o conhecimento do agente e

impedir absolvições injustificadas. A cultura de Direito Penal dos Estados Unidos evoluiu de maneira diversa daquela observada nos países que adotam premissas do direito continental.

Constatou-se que as cortes estadunidenses, para impedir que réus escapassem de condenação, passaram a ampliar o conceito de conhecimento. Assim fizeram os juízes ao adotarem a abordagem de conhecimento de fato trazida pelo *Model Penal Code* do país. O conhecimento era automaticamente presumido se uma pessoa estivesse ciente da alta probabilidade da existência do fato. Dessa maneira, a teoria é um tipo de imputação subjetiva na qual se atribui ao agente conhecimento de elementos do tipo por meio de presunção, tornando do possível o necessário atendimento ao tipo subjetivo e a condenação do réu. O judiciário substitui o necessário conhecimento exigido pela lei, culpabilizando da mesma maneira quem pratica conduta criminosa sem consciência àquele que comete o ilícito com conhecimento verdadeiro.

Destarte, a situação de ignorância, na verdade, é analisada muito mais em seu viés de culpabilidade, em conclusão de que o grau de indiferença do agente ao bem jurídico protegido pela norma ao não investigar a situação suspeita, não é inferior daquele delinquente que comete o delito com dolo eventual, o qual mereceria, em termos preventivos, a mesma punição que este.

Percebe-se o resgate dos conceitos da teoria limitada do dolo, que permitia punir o agente inconsciente por sua 'indiferença com o direito', em conceito de Direito Penal do autor. Ignora-se, além disso, a evolução dogmática do delito como fato típico, antijurídico e culpável.

Nas situações de cegueira deliberada, não há representação de todos os elementos integradores do tipo penal, sendo que o não conhecimento esvazia o conteúdo típico. Por isso, não cumprido o requisito de preenchimento do tipo penal, não há de se analisar a culpabilidade do sujeito, que é normativa e desprovida de sentido psicológico, muito menos de analisar-se o seu 'estado mental' no momento da ação.

Dos excertos das decisões apresentadas no trabalho, percebe-se que a equiparação da teoria ao dolo eventual parte de pressuposto de política criminal, pois a pena do delito culposo é mais branda e em alguns casos, não há sequer previsão legal, como é o caso do crime de lavagem de capitais.

Com a utilização da figura da cegueira deliberada, a jurisprudência expande irresponsavelmente o conceito de dolo e abarca situações que regularmente não poderiam ser compreendidas, em esforço para fins de responsabilizar o agente. O dolo, que é consciência e vontade de produção de um resultado (dolo direito) ou consciência da produção de um resultado (dolo eventual), nesses novos moldes chegaria ao ponto de não exigir a consciência.

Como foi estudado, o Brasil possui apenas duas categorias de elemento subjetivo, o dolo e culpa, sem elemento intermediário. O movimento dos juízes de aplicação da teoria ultrapassa o princípio da legalidade por criarem novo elemento subjetivo sem amparo legal, em verdadeiro desrespeito à separação de poderes celebrada na Constituição Federal.

Não bastassem os equívocos, em que pese a ausência de forte de tendência na jurisprudência nacional, percebe-se que a aplicação do instituto com cada vez mais frequência, baseando-se em estudos rasos dos Tribunais Espanhóis e em afirmação ousada e equivocada nas decisões de que a questão se encontra pacificada no direito nacional.

Além disso, nas decisões judiciais analisadas, verificou-se a preferência de condenação de condutas de lavagem de dinheiro na modalidade de dolo eventual com a aplicação da teoria da cegueira deliberada, presumindo o conhecimento do réu com base no conceito de alta probabilidade, não obstante o conjunto probatório dos autos ser suficiente para demonstrar o conhecimento do autor acerca dos fatos e o consequente dolo em sua conduta.

Cabendo ao julgador a comprovação inequívoca do dolo, o emprego da teoria muitas vezes ocorre de maneira desnecessária, sendo o ônus da prova substituído pelo apoio atrapalhado na doutrina estrangeira. Em verdade, a análise devida da prova do dolo acarretaria em devida condenação por dolo eventual, em respeito aos preceitos legais pois fundada na existência de uma tipicidade subjetiva.

Conclui-se, portanto, que o simples transplante realizado pelos julgados brasileiros não encontram compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. A equiparação de uma figura estrangeira com o instituto do dolo viola o sistema garantista penal, pautado pelo princípio da responsabilidade subjetiva.

Porém, entende-se que a adaptabilidade da teoria ao Brasil é possível, seja reinterpretando institutos nacionais compatíveis, como a lógica do dever de cuidado para a ignorância deliberada e o tratamento de direito administrativo para a cegueira deliberada, ou reconsiderando o sistema de imputação subjetiva baseado apenas na culpa

e no dolo.

Melhor do que equiparar o dolo eventual à cegueira deliberada, seria a criação de nova modalidade de imputação subjetiva, com consequências jurídicas diferentes do dolo e da culpa. Com isso, a cegueira deliberada seria figura com previsão legal no Código Penal junto da culpa e do dolo, com patamares distintos de punição para cada categoria, o que evitaria o alargamento arbitrário do dolo e garantiria a proporcionalidade na aplicação da pena.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice; PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOTINNI, Cruz Pierpaolo. **A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470**. Revista Consultor Jurídico. 30 de julho de 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-abr-22/supremo-publica-integra-acordao-mensalao-8405-paginas .

BOTTINI, Cruz Pierpaolo. **O que é Compliance no âmbito do Direito Penal?** Revista Consultor Jurídico, 30 de abril de 2013. Disponível em https://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Publicação Original. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7dezembro-1940-412868-publicacaoori ginal-1-pe.html.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470**. Brasília, 22 de abril de 2013. Disponível em ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF n. 677**. Disponível em http://www.stf.jus.br /arquivo/informativo/documento/informativo677.htm.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal 000087049.2008.404.7006**, Porto Alegre, 28 de junho de 2012. Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/diarios/38260896/trf-4-judicial-28-06-2012-pg-281.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal 2003.70.00.056661-8**. Porto Alegre, 28 de julho de 2010. Disponível em http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizardocumentogedpro.php?local=trf4&documento=3377851&hash=d9a2f17155668d aa8216cf53f9321c92.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Criminal n. 5520-CE**

2005.81.00.014586-0, 09 de setembro de 2008. Disponível em http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf.

BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal do Paraná. **Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000**, Curitiba, 02 de fevereiro de 2017. Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/morocondena-joao-santana-cegueira.pdf,

BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal do Paraná. **Ação Penal n. 5047229-77.2014.4.04.7000**, Curitiba, 06 de maio de 2015. Disponível em http://politica.estadao.com.br/blogs/faustomace do/wp-content/uploads/sites/41/2015/05/sentenca_dunel.pdf.

BURGEL, Letícia. **A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 129/2017, p. 479 – 505, Mar/2017.

CALLEGARI, André Luis. **A Cegueira Deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 133/2017, p. 17 – 35, Jul/2017.

CANÁRIO, Pedro. **Justiça obriga juiz a escolher entre STF e magistério**. Conjur. 25 de julho de 2012 Disponível em https://www.conjur.com.br/2012-jul-25/nomeado-assessor-stf-juizsergio-moro-briga-dar-aulas-ufpr.

CARVALHO, Hermínia Geraldina Ferreira. **A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira: incompatibilidade lógica entre a teoria norte-americana causalista e o tratamento do erro de tipo no modelo finalista de ação. Curitiba, ICPC, 2015.** Monografia de Conclusão de Curso de Pós-graduação em Direito Penal e Criminologia, Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2015(www.https://www.academia.edu/15299373/A_ANACR%C3%94NICA_IMPORTA%C 3%87%C3%83O_DA_DOUTRINA_DA_CEGUEIRA_DELIBERADA_PELA_JURISPRUD %C3%8ANCIA_BRASILEIRA_INCOMPATIBILIDADE_L%C3%93GICA_ENTRE_A_TE ORIA_NORTE-AMERICANA_CAUSALISTA_E_O_TRATAMENTO_DO_ERRO_DE_TI PO_NO_MODELO_FINALISTA_DE_A%C3%87%C3%83º).

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª Ed. São Paulo, Atlas: 2015.

GEHR, Amanda. **A aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro. Curitiba**, UFPR, 2012. Monografia de Conclusão no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2012(www.http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31107?show=full)

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:Parte Geral**. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017.

HEFFERNAN, Margareth. **Willful Blindness: Why we ignore the obvious at our perfil**. Walker Company, 2011.

HERMIDA, Julian. **Convergence Of Civil Law And Common Law In The Criminal Theory Realm**. In 13 University of Miame International and Compartive Law Review, 2007.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Aspectos da Reforma Penal**. Disponível em https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/35102/aspectos%20da%20reforma %20pe nal.pdf?sequence=1. Acesso em 15.11.2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROBBINS, Ira P. **The ostrich Instruction. Deliberate Ignorance As a Criminal Mens Rea, 81 j**. Crim. Law & Criminology 191, 220-22, 1990.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. **A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 122/2016, p. 255 – 280, Out/2016.

SYDOW, Spencer Toth. **A Teoria da Cegueira Deliberada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE. **Model Penal Code: Official Draft and Explanatory Notes**. Philadelphia(EUA), 1985. Disponível em http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-offorce/western-europeothers/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20 of%20Amer ica%201962.pdf.

VALLÈS, Ragues i**. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal**. Discusiones XIII nº 13, p. 11-38, 2013.

ISABELA PRÍNCIA ROCHA QUINTÃO

A MATERNIDADE NO CÁRCERE

Os direitos das gestantes e lactantes no ordenamento jurídico brasileiro

Monografia de Conclusão de Curso apresentada como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília.
Orientadora: Professora Me. Sandra Oliveira de Almeida.

Brasília–DF
2020/1

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 4
1. OS DIREITOS DAS GESTANTES E LACTANTES PRESAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....6
1.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS ENCARCERADOS.....6
1.1.1 *Declaração de Direitos do Homem*.....6
1.1.2 *Pacto San Jose da Costa Rica* 7
1.1.3 *Regras de Tókio* 8
1.1.4 Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres de infratoras (Regras de Bangkok) - Regras 23 e 48. 10
1.1.5 *Regras de Mandela*..... 13
1.2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MULHERES ENCARCERADAS 15
1.3 ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A POLÍTICA CRIMINAL DE DESENCARCERAMENTO 17
1.4 DA PROTEÇÃO A MATERNIDADE E À INFÂNCIA COMO DIREITO SOCIAL.....20
1.4.1 *Lei n° 13.257 de 08 de março de 2016 – Princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância.* 21

2. O PERFIL DA MULHER ENCARCERADA E O DESTINO DAS CRIANÇAS AFASTADAS DO CONTATO MATERNO..... 26

2.1 PERFIL ECONÔMICO SOCIAL E RACIAL DAS MÃES ENCARCERADAS..... 27
2.2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL DO MENOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO 28 2.3 RUPTURA DO CONTATO MATERNAL, PERDA DO PODER FAMILIAR E AS CONSEQUENCIAS PARA A PROLE.....30
3. HABEAS CORPUS (143641) E A POSSIBILIDADE DE PREVISÃO DE GARANTIAS ÀS MULHERES COM CONDENAÇÃO DEFINITIVA.....40
3.1 O SISTEMA PRISIONAL E A TEORIA DA PENA.....40
3.2 HABEAS CORPUS COLETIVO N° 143.641 E A LEI FEDERAL 13.769/18.....41
3.3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E PLS N° 64/2018.....45
CONCLUSÃO.....47
REFERÊNCIAS.....50

INTRODUÇÃO

A maternidade no cárcere é um tema objeto de inúmeros debates, mas ainda na atualidade possui poucas soluções eficazes. Dessa forma, ganha grande destaque a importância de se atentar aos direitos mínimos das encarceradas e seus filhos, sob uma nova perspectiva de paradigma. O aprisionamento da mulher traz diversas peculiaridades, sendo totalmente diferente a realidade vivenciada pelas mulheres e mães que acabam por ter seus filhos dentro do sistema prisional brasileiro.

Os dados do Ministério da Justiça (2014) apontam que há um grande número de mulheres encarceradas em todo o território nacional. Segundo Levantamento Nacional de informações penitenciário (INFOPEN) ligado ao Ministério da Justiça (2014), já ultrapassa de 37.380 mulheres encarceradas nas mais diversas regiões do Brasil.

A discussão do assunto tem relevância com a política pública da primeira infância e a edição da lei 13.257/2016, que permite as mulheres com filhos menores de 12 anos requerer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para que possam cuidar de sua prole.. A escolha do tema do mesmo é realizada baseada na necessidade de serem estudadas novas alternativas ao aprisionamento em massa que prejudica ambos os personagens da realidade prisional, tendo em vista a aplicação não só da letra da lei mas também de entendimentos que priorizem a dignidade da pessoa humana e a aplicação da proporcionalidade da pena em relação ao ato ilícito cometido.

A realidade do alto índice de encarceramento decorre de diversos fatores, quais sejam, altíssima concentração de renda, precariedade da educação, excesso de conservadorismo político que mantem leis e proibições desúteis e ineficiência do Estado na intervenção no sistema prisional. Essas dificuldades resultam em estatísticas desproporcionais e significativas de aprisionamento que prejudicam as mulheres encarceradas e seus filhos.

O problema não é debatido satisfatoriamente a fim de solucionar os problemas estruturais do encarceramento em massa feminino e a falta de políticas públicas destinadas especialmente às gestantes e lactantes, quando há a prolação de sentença condenatória transitada, momento em que a prisão deixa de ser cautelar e passa a ser definitiva.

Com o objetivo de atrair atenção para o tema, o trabalho apontará as falhas e

incoerências do modelo processual penal atual para lidar com a questão do cárcere feminino, enquanto sugere modificações legais aplicáveis para essa parcela da população carcerária feminina que fica impedida de cuidar de seus filhos.

No primeiro capítulo será abordado os direitos das gestantes e lactantes aprisionadas dentro do ordenamento jurídico. Nele serão tratados tópicos acerca e legislações que contribuíram para a construção dos direitos dessas mulheres, a proteção constitucional da mulher, estado de coisa constitucional no sistema penitenciário, política de desencarceramento, e leis referentes a proteção à maternidade.

O segundo capítulo trará sobre o perfil da mulher encarcerada e o destino das crianças afastadas do contato materno. Dentro disso será abarcado a linha do perfil econômico, social e racial dessas aprisionadas.

Por fim, no terceiro capítulo haverá uma análise do julgamento realizado no HC 143641 e a possibilidade de previsão de garantia às mulheres com condenação definitiva, abordagem sobre o sistema prisional e a teoria da pena, a lei federal n° 13.769/18, o acordo de não persecução penal e o PLS 64/2018.

Sendo assim, a contribuição da pesquisa para o ambiente laboral no qual todos os estudantes estão inseridos se reflete na proximidade do assunto à prática advocatícia criminal e a constante atualização doutrinária, processual e penal no âmbito acadêmico.

A metodologia utilizada será através do método qualitativo por meio de pesquisas bibliográficas extraídas de artigos, documentários, livros acerca do tema, legislação, doutrina e jurisprudência.

1. OS DIREITOS DAS GESTANTES E LACTANTES PRESAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

1.1 Os tratados internacionais de proteção aos encarcerados

1.1.1 Declaração de Direitos do Homem

1.1.2

Após o fim da Segunda Guerra Mundial em 1945, representantes de 50 países extremamente afetados reuniram-se afim de encontrar uma forma de reestruturar suas potências e seus povos. A paz e a intenção de estabelecerem um acordo que evitasse novas guerras eram prioridade. Apesar da Declaração Americana de Direitos do Homem fazer parte de atos internacionais não ratificados pelo Brasil é inegável a importância da mesma a fim de assegurar a dignidade do ser humano. Neste sentido, a proteção dos Direitos Humanos torna-se a agenda central no contexto internacional, veja-se:

> Decorrido cinco décadas desde a adoção da Declaração Americana de Direitos do Homem, é inegável que a proteção dos Direitos Humanos ocupa hoje uma posição central na agenda internacional da passagem do século. Ao longo das últimas décadas, apesar das revisões ideológicas do mundo, a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos encontram expressão na Declaração Universal de 1948, projetando-se a numerosos e sucessivos tratados e instrumentos de proteção, nos planos global e regional, e a constituições e legislações nacionais e se reafirmaram em duas conferencias mundiais de Direitos Humanos (AMARAL JÚNIOR, 1999,p. 257)

No mesmo período em que criavam a Declaração de Direitos do Homem, ocorria na Alemanha o Holocausto idealizado por Adolf Hitler com a intenção de exterminar os judeus do país:

> Por volta de 1916, a guerra ia mal para os alemães. Havia um impasse na linha de frente e escassez de comida em casa. A ideia de uma vitória rápida – em cima da qual o Estado-Maior alemão haviam se baseado- revelava-se fantasiosa. As pessoas procuravam alguém para culpar pelas dificuldades da Alemanha e muitos culpavam os judeus. (REES, 2018, p.1053)

Após todas essas situações de guerra e genocídio, em 10 de dezembro de 1948, foi publicada a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O Brasil que faz parte da ONU (Organização Mundial das Nações Unidas) ratificou o referido documento cuja prioridade era garantir, em todos os países signatários, a dignidade, liberdade, justiça e paz no mundo, repudiando todo tipo de ato bárbaro que ultrajaram a consciência humana.

1.1.3 Pacto San Jose da Costa Rica

Após a assinatura da Declaração dos Direitos do Homem, várias outras convenções, conferências e cartas sobre a dignidade da pessoa foram criados a fim de consolidar cada vez mais o tratamento digno e o respeito a todos independentemente de sua posição na sociedade. A Convenção Americana de Direitos Humanos (também chamado de Pacto San Jose da Costa Rica) é definido como: "Tratado internacional entre os países–membros da organização dos Estados Americanos e que foi subscrita durante a Conferência especializada Interamericana de Direitos Humanos, sendo base da proteção dos direitos humanos." (SOUZA, 2013, p.11)

O Pacto de San Jose da Costa Rica, assinado na Conferencia Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de dezembro de 1969, versou antes mesmo que a nossa Carta Magna/88, de assuntos importantes como o tratamento adequado de separação de condenados e as pessoas que estavam sendo processadas, aduzindo a necessidade de julgamento em tribunal separado àqueles considerados como menores (artigo 5º, incisos 4 e 5).

O pacto foi recepcionado pelo Brasil no ano de 1992, possuindo validade de lei ordinária, entretanto, com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, os tratados referentes aos direitos humanos entraram em vigor imediatamente e foram equiparados às normas constitucionais, quando aprovados em dois turnos, por, ao menos, três quintos dos votos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. No referido Pacto restou consignado a proibição de pena de morte nos países que admita esse tipo de punição às mulheres grávidas e o tráfico de mulheres como formas de proteção à integridade pessoal. O Pacto de San Jose da Costa Rica abarca direitos políticos e civis, quais sejam, O reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3°); O direito à vida (artigo 4°);O direito à integridade pessoal (artigo 5°);O direito à liberdade pessoal e garantias judiciais (artigo 6°) e o direito à proteção da honra e reconhecimento da dignidade (artigo 7°).

Nota-se a relevância do Pacto de San José da Costa Rica como importante marco no que tange à garantia de direitos e garantias da pessoa humana, sendo uma grande influência e referência para a Carta Magna Brasileira de 1988, em específico quanto aos direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5° da CF/88.

1.1.4 Regras de Tókio

As Regras de Tóquio foram formuladas pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (em 1986), cujo projeto foi aprovado em 14 de dezembro de 1990, pela Assembleia Geral das Nações Unidas (8º Congresso), integrando a Resolução nº 45/110. São um conjunto de princípios adotados a fim de garantir minimamente medidas substitutivas como alternativas ao aprisionamento. Essa necessidade surgiu a partir do momento que as autoridades perceberam o constante aumento da população encarcerada. Dessa forma, o ministro Ricardo Lewandoski destaca que as regras de Tókio representa um rompimento de paradigma de postura punitiva para a construção de um modelo mais humanizado:

> Tendo em conta a preocupação das Nações Unidas com a humanização da justiça criminal e o fortalecimento das ações capazes de garantir a proteção dos direitos humanos, as Regras de Tóquio, cuja proposta é consolidar uma série de princípios comprometidos com a promoção e estímulo à aplicação, sempre que possível, de medidas não privativas de liberdade, são o divisor de águas entre uma cultura exclusivamente punitivista e a construção de um modelo mais humanizado de distribuição da justiça, na medida em que propõem a valorização de formas e resultados menos danosos do que aqueles decorrentes da utilização da prisão. (REGRAS DE TÓQUIO REGRAS MÍNIMAS PADRÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ELABORAÇÃO DE MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE, 2016, p. 12)

As Regras de Tóquio buscam a aplicação de medidas alternativas às prisões privativas de liberdade e foram aprovadas com intuito de fornecer uma dignidade maior àqueles que necessitam cumprir a execução da pena e desafogar o constante aumento da população carcerária que interfere diretamente na capacidade de ressocialização.

No caso das prisões femininas, , as regras devem especialmente ser aplicadas como forma de se livrar da estigmatização de que ser uma mulher encarcerada, o qual respresenta afastar o repúdio da sociedade e o desejo de não mais ser segregada socialmente (SOIETH,1997, página 365).

Adota-se o modelo da política criminal centrado na punição do infrator para os casos em que outros ramos do direito não foram suficientes para prevenir a quebra do pacto social.. Por esse motivo, o direito penal é considerado *ultima ratio*. Nesse sentido, Cezar Bittencourt ensina que aplica-se o direito penal mínimo no nosso ordenamento:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. [...] A fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal [...] Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. (BITTENCOURT, 2014, p. 54-55)

A Organização das Nações Unidas (ONU), fixa uma série de diretrizes para determinar meios mais eficazes de prevenir a criminalidade a partir da Resolução 045/110, denominada Regras de Tóquio, em 1990. Essas Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas Não-privativas de Liberdade, traz em seu bojo jurídico a substituição das penas privativas de liberdade por outras formas de sanção penal, como as penas restritivas de direitos e multa.

Apenas em dois momentos o legislador se adequou as normas da ONU, de cuja Resolução acima mencionada o Brasil é aderente. Isso pode ser demonstrado com a Lei nº. 9.099/95 e a Lei nº. 9714/98, cujo a prioridade é de reduzir o encarceramento alcançando através da adoção do princípio de intervenção mínima e a função ressocializadora da pena (CAPPI, 2002).

De fato, a violência, a corrupção e a genérica ociosidade da prisão afetam decisivamente aqueles que foram encarcerados sob o pretexto de serem reeducados e, posteriormente, reinseridos à coletividade. Isto porque, ao invés de constituir um elemento ressocializador, o ambiente carcerário institui-se como incentivador da reincidência (GARCIA, 2004).

A falência do cárcere, é facilmente percebida e comprovadamente corrompe e não

reabilita o preso. De forma contrária, instiga aos presos a manterem seus valores mais negativos, e alimenta sua percepção de marginalizado, fomentando práticas desumanas de cumprimento da pena, além do alto custo financeiro para o Estado. Conforme dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, em 2011, cada preso tem um custo mensal de R$ 1.500,00. (No Brasil, estima-se em 50 reais o custo diário de cada preso.)

Dessa forma a importância da implantação de soluções mais baratas, humanas e eficazes de cumprimento de pena, reservando as penas privativas de liberdade para os casos realmente necessários, procurando-se limitar a sua aplicação sempre que possível e recomendável. Assim, sinaliza o documento da ONU para a construção progressiva de alternativas à prisão, seja enquanto custódia, seja enquanto pena.

As Regras de Tóquio, neste sentido, constituem um importante instrumento internacional que apresenta como principais objetivos: o emprego de medidas não-privativas de liberdade, com maior abrangência; a obediência às garantias mínimas ofertadas à pessoa delinqüente; a promoção de uma maior participação da comunidade na administração da justiça penal e no tratamento do delinqüente, bem como o estímulo entre os delinqüentes quanto ao senso de responsabilidade em relação à sociedade. Apesar do uso inadequado da expressão delinqüente para se referir a todas as pessoas contra quem houver acusação, julgamento ou execução de sentença, apresentam o fim de superar a ultrapassada visão clássica que transferia à pena de prisão o falso papel de protagonista na luta pela regeneração e pela justa punição aos autores de infrações penais (CAPPI, 2002).

1.1.4 Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres de infratoras (Regras de Bangkok) - Regras 23 e 48.

Os debates acerca do tratamento da mulher encarcerada, diante das comissões de prevenção de crimes e justiça criminal nas Assembleias Gerais da Organização das Nações Unidas, permitiram um avanço na adequação de gênero, de proteção dos direitos humanos não só da encarcerada, mas também despertou a necessidade de adequação legislativa para as crianças oriundas do cárcere.

Em âmbito internacional, o tratamento de reclusos é objeto de proteção mais detalhada, especialmente após as barbaridades da segunda guerra mundial. Após mais de

30 anos de estudos, debates e edição de resoluções que visavam incrementar normas que valorizassem a justiça criminal, como as Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela), houve a edição de vários outros instrumentos para condensar um conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão, regras mínimas das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade (Regras de Tóquio), bem como definir princípios básicos sobre a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal.

No ano de 2016, possibilitando a divulgação e facilitando a aplicação das medidas em todo território nacional, as Regras de Bangkok foram reconhecidas pelo STF em decisão proferida pelo relator Ministro Celso de Mello no julgado do HC 134.734/SP como fundamento para promover o desencarceramento de mulheres. (Brasil,2016)

Esse conjunto de regras definidas pelas Nações Unidas em dezembro de 2010, somente foi incorporado ao ordenamento jurídico, como de norma supralegal, somente em 2016, não passando pela aprovação qualificada de emenda constitucional.

Verifica-se, nas observações preliminares constantes do documento de Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok), o convite para que todas as agências especializadas do sistema das Nações Unidas e relevantes organizações intergovernamentais regionais e internacionais e organizações não-governamentais participem da implementação das Regras de Bangkok; implementando alternativa para o cárcere:

> Reconhecendo a necessidade de estabelecer regras de alcance mundial em relação a considerações específicas que deveriam ser aplicadas a mulheres presas e infratoras e levando em conta várias resoluções relevantes adotadas por diferentes órgãos das Nações Unidas, pelas quais Estados-membros foram convocados a responder adequadamente às necessidades das mulheres presas e infratoras, as presentes regras foram elaboradas para complementar, se for adequado, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos as Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio) em conexão com o tratamento das mulheres presas ou alternativas ao cárcere para mulheres infratoras. (REGRAS DE BANGKOK,p. 6).

É importante a colaboração dos entes nacionais e internacionais na tentativa de estabelecer da melhor maneira as regras a serem aplicadas às encarceradas, sendo de suma importância que o Estado não só adote esses textos, mas apliquem e acompanhem seu efetivo auxílio no cotidiano das mulheres aprisionadas.

Com efeito, são estabelecidas regras de ingresso, registro, alocação, higiene pessoal, cuidados à saúde, atendimento médico específico, cuidados com a saúde mental,

prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, revistas, instrumentos de contenções, capacitação adequada de funcionários, priorização do contato com o mundo exterior, individualização da pena, flexibilização do regime prisional, foco nas relações sociais e assistência posterior ao encarceramento, cuidados especiais com gestantes e lactantes, estrangeiras, minorias e povos indígenas e deficientes. (OLIVEIRA, 2017)

As regras n° 23 e n° 26 da Resolução 2010/16 prelecionam que as sanções disciplinares para mulheres encarceradas não devem incluir proibição de contato com a família, especialmente com as crianças, mas, ao contrário, deve ser facilitado por todos os meios razoáveis.

Em outro ponto, a Regra de Bangkok n° 4,8 também criada em complemento as Regras Mínimas de Tratamento aos reclusos, dispõe acerca das orientações a serem recebidas pela mulher durante o período gestacional observando a sua saúde e a do seu bebê:

> 1. Mulheres grávidas ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser traçado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverá ser fornecida gratuitamente alimentação adequada e pontual para gestantes, bebês, crianças e lactantes em um ambiente saudável e com a possibilidade para exercícios físicos regulares. 2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos, salvo se houver razões de saúde específicas para tal. 3. As necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado a luz, mas cujos filhos não se encontram com elas na prisão, deverão ser incluídas em programas de tratamento. (REGRA DE BANGKOK N° 48)

No Brasil, desde 1984, com a Lei de Execução Penal, está previsto o atendimento integral as pessoas encarceradas, inclusive com previsão legal de assistência em saúde, farmacêutico e odontológico às pessoas presas.

Segundo o CNJ (2017), as consultas com clínicos gerais ou até emergências são tratados com descaso por não haver funcionários suficientes que consigam realizar atendimento as diversas penitenciárias espalhadas por todos os estados e capitais do país. Segundo o levantamento, há somente 271 equipes de saúde no sistema penitenciário habilitadas em 239 unidades básicas de saúde prisional em penitenciárias, em 154 municípios. (CNES, 2013)

Nota-se que orientações sobre exames, programas de alimentação adequada e pontual para gestantes, bebês, crianças e lactantes em um ambiente saudável e com a possibilidade para exercícios físicos regulares são situações que não ocorrem, tendo em vista o *déficit* de equipes de saúde para atender toda a massa carcerária.

Segundo Moraes (2015, p. 23) o entendimento é de que as prisões tem sido estabelecimentos inadequados: “Celas superlotadas, mal ventiladas e com pouca iluminação solar; exposição frequente à micro bactéria responsável pela transmissão da tuberculose; falta de informação e dificuldade de acesso aos serviços de saúde na prisão.”

Outro ponto importante mencionado nas Regras de Bangkok trata a respeito do uso de algemas nas mulheres encarceradas, observando que o uso de algemas, correntes, ferros e coletes de força nunca deve ser aplicada como sanção ou coação. Caso haja necessidade de se utilize desses meios como forma de coação, deverá ser somente nas seguintes situações: a) Como medida de precaução contra uma evasão durante uma transferência, desde que sejam retirados logo que o recluso compareça perante uma autoridade judicial ou administrativa; b) Por razões médicas sob indicação do médico; c) Por ordem do diretor, depois de se terem esgotado todos os outros meios de dominar o recluso, a fim de o impedir de causar prejuízo a si próprio ou a outros ou de causar estragos materiais; nestes casos o diretor deve consultar o médico com urgência e apresentar relatório à autoridade administrativa superior. A súmula vinculante n° 11 do STF também dispõe sobre a excepcionalidade do uso de algemas:

> Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (SÚMULA VINCULANTE nº 11)

A falta de cumprimento do tópico 2 da regra n° 48 se dá precipuamente pela falta de informações da saúde da mulher e do seu bebê. A impossibilidade de realizar adequadamente o pré-natal e exames gestacionais priva as prisioneiras de obter informações de extrema relevância no momento pré e pós-parto e necessárias também durante o aleitamento.Visto isso, mesmo sendo entregue cartilhas informativas que demonstrem como, onde e de que forma proceder quanto a amamentação, na maioria dos estabelecimentos não existem espaços adequados para que esta seja realizada. (Leite e Ferro, 2011)

1.1.5 Regras de Mandela

As regras de Mandela foram criadas a fim de revisar as antigas Regras Mínimas

de Tratamento de Presos, e foi oficializada em 22 de maio de 2015 pela ONU, incorporando novas doutrinas de direitos humanos para tomá-las como parâmetros na reestruturação do modelo penal e a percepção do papel do encarceramento para a sociedade. Tendo como visão principal trazer uma organização às penitenciárias através de meios que possibilitem dignidade aos presos, garantia do acesso à saúde, direito de defesa, regulamento das punições disciplinares como isolamento solitário e a redução de alimentação. As regras receberam esse nome por terem sido finalizadas pelo ex-presidente Nelson Mandela, na África do Sul, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana e não discriminação. O Governo Brasileiro participou ativamente das negociações para a elaboração das Regras Mínimas, auxiliando diretamente para a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, dessa forma, tais regras também devem ser cumpridas como desdobramento de um importante compromisso internacional assumido pelo país (BRASIL,2016).

Em outros tempos, quando não se tinha preocupações quanto à organização das penitenciárias, a prisão era tratada como forma simplesmente punitiva do acusado. A linha punitivista previa o Direito Penal como *prima ratio,* exclusivamente para retirar da sociedade àqueles que não se comportavam da forma esperada e tida como inadequadas. Portanto não havia a preocupação como na Legislação de Mandela de gerenciar de forma eficiente as prisões (BITENCOURT, 2010).

O documento referente as Regras de Mandela, é dividido em duas sessões: a primeira são de aplicação geral, podendo ser aplicadas a todos os encarcerados. Na segunda parte estabelece regras mais específicas relacionadas a presos sentenciados, presos com necessidades especiais e mulheres presas. De acordo com Ramos, a revisão de 2015 abrangeu nove áreas temáticas: tratamento médico na prisão; restrições, disciplina e sanções ao preso; buscas nas celas de detenção; contato exterior; reclamações dos presos, investigações e inspeções" (RAMOS, 2017,p.22)

Uma importante regra trazida pelo documento, é a respeito da proibição de utilização dos instrumentos de restrição em mulheres em trabalho de parto, nem durante e imediatamente após o parto devendo a administração prisional buscar e promover o treinamento no uso de técnicas de controle que afastem a necessidade de utilizar instrumentos restritivos ou que reduzam seu caráter invasivo conforme preconiza a regra de n° 49 do respectivo documento. Ainda sobre as regras voltadas para o âmbito do cárcere feminino, a regra n° 81 prevê que no caso de unidade prisional mista, ou seja, para homens e mulheres, a parte da unidade que seja destinada a mulheres deverá ser

supervisionada por uma oficial feminina que ficará responsável pela custódia das chaves e de toda aquela parte da unidade. Prevê também que nenhum funcionário do sexo masculino deve entrar na parte feminina da unidade prisional sem que esteja acompanhado de uma agente. As presas deverão ser atendidas e supervisionadas somente por agentes femininas, entretanto, isso não obsta de que homens da equipe, especialmente médicos e professores, desempenhem suas atividades profissionais em unidades prisionais ou nas áreas destinadas a mulheres

Em relação a aplicação dessas Regras, o Relatório Anual do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura reflete Mesmo o Brasil sendo signatário de tratados e convenções no que se refere a implementação dos Direitos Humanos, infelizmente nos defrontamos a cada visita com um quadro cada vez mais preocupante. No que se refere ao Sistema Prisional, em inúmeros locais, não há sequer, afixado o Regimento Interno. Os funcionários desconhecem as Regras Mínimas de Mandela, Protocolo de Istambul Referente a Tortura, Regras Mínimas de Bangkok, ou mesmo a LEP, Lei de Execuções Penais, no que se refere a questão racial, desconhecem o Plano de Ação da Conferencia Mundial Contra Racismo mesmo tendo como público alvo nos Estados, como Para, Pernambuco, Rondônia a maioria da População Negra. (BRASIL, 2017,p.118).

Com a ausência de aplicação dos direitos básicos resguardados a todas as pessoas, inclusive a massa carcerária, como a saúde, dignidade e integridade física e moral, o Estado infringe a Carta Magna, e inúmeros outros documentos de âmbito internacional, pelos quais o Brasil jurou fidelidade e que pregam a justiça social, como a Convenção Internacional de Direitos Humanos e as Regras de Mandela.

1.2 Proteção constitucional das mulheres encarceradas

Desde que iniciaram os estudos sobre as funções da pena na sociedade, notou-se a necessidade de transformar a concepção retributiva em uma forma também preventiva no tocante do crime. Para isso, surgiram teorias importantes como as teoria absolutas/retributivas da pena e teoria relativa/preventiva da pena.

A teoria absoluta, pode ser identificada por unir a moral e o direito. Essa época foi marcada pela transição entre a sociedade de baixa idade média e a sociedade liberal. Nas funções retributivas da pena, o Estado, a religião e a crença no direito divino se baseavam em fundamentos religiosos. Segundo Binding (1990, p. 222), “a pena é

retribuição de um mal por outro mal onde requer a dedução do culpado pela força." Para Mezger a pena é "a irrogação de um mal que se adapta à gravidade do fato cometido contra a ordem jurídica".

Por outro lado, na teoria preventiva da pena não tem como fim retribuir o mal causado, mas sim prevenir a prática. A punição não serve só como um castigo, mas como um aprendizado que o faça não voltar a delinquir. Para Sêneca (2011, p. 15), "nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas para que não volte a pecar."

A Constituição Federal em seu artigo 5º incisos III, XLIII e XLVII veda expressamente as penas de tortura e tratamento desumano degradante. Entretanto, nem sempre na história foi assim. A tortura é definida, segundo Hungria(2014, p.25), como "meio supliciante, a inflição de tormentos, a 'judiaria', a exasperação do sofrimento da vítima por atos de inútil crueldade". Por sua vez, Mirabete (2009, p. 34) a define como "mal desnecessário para causar à vítima dor, angústia, amargura, sofrimento".

A tortura direcionada às mulheres, em tempos remotos, era especialmente cruel, pois além da dor, buscavam causar também humilhação e vexame. Gentili (1998) menciona quais os castigos eram utilizados para humilhar as mulheres até o século XIX. Para mulheres consideradas como causadoras de escândalos, briguentas e fofoqueiras, eram utilizadas as punições denominadas viola das comadres, parecida com a berlinda. Outro meio de punição era o açoite, resguardado à mulheres consideradas infiéis ou que mantinham comportamento considerado como sem pudor pela sociedade. As que possuíam conhecimento sobre determinado assunto considerado como proibido, místico ou demoníaco pela igreja católica eram taxadas como bruxas e apenadas pela Gota de Tartara, que consistia em ficar nua sob um cavalete recebendo jatos de água no corpo ou na boca, tampando suas narinas, sufocando-as e provocando hemorragias internas nas mesmas. Às consideradas bruxas também tinha a Cadeira das Bruxas onde eram amarradas pelos pés e mãos em praça pública antes de serem queimadas na fogueira.

A Berlinda, que era objeto obrigatório em toda cidade servia para punir publicamente as mentirosas, e por ficar em locais públicos, todos que passavam tinham o direito de penalizá-las por meio de ofensas e agressões. Na tentativa de causar sofrimento também através dos órgãos sexuais femininos que são extremamente sensíveis, criaram o chamado Berço de Judas que agia diretamente no sistema nervoso por pressionar a vagina, impedindo-as de dormir ou descansar (JULLIO, RENAN 2014).

Nessa mesma linha, o Esmaga Seios era destinado àquelas que abortavam seus bebês e também as que engravidavam cedo onde instrumentos pontiagudos, aquecidos no fogo eram fincados nos seios femininos. Para as mulheres descontentes com as rotinas domésticas ou que tinham sucessivas gravidez eram reservadas as Máscaras da Infâmia onde as mesmas deveriam usá-las diariamente para serem reconhecidas como vergonha diante de todos sendo assim hostilizadas. (GENTILI, FRANCO 1996)

Dessa maneira, percebe-se que a mulher sofria todo tipo de tortura e a proteção constitucional da mulher encarcerada faz-se necessária pelo fato de que, historicamente, suas punições sempre foram gravosas, humilhantes e discricionárias, tendo em vista que bastava a reprovação social de uma conduta realizada pela mulher para que a mesma fosse punida à duras pena,s sem direito a defesa ou tratamento humano.

Ainda hoje, fazendo um paralelo com a turra vivência da mulher apreendida nos estabelecimentos femininos com àquelas da idade média que eram açoitadas, queimadas, humilhadas e flageladas por todos, nota-se que apesar da proibição constitucional de penas de tortura, outras formas de ofensa à mulher considerada como criminosa, foram substituídas. (GENTILI, 1998)

1.3 Estado de coisa inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro e a política criminal de desencarceramento

O sistema prisional brasileiro está em crise, segundo os dados obtidos do INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, criado em 2004, para sintetizar informações acerca do sistema e populacional prisional. No âmbito das prisões femininas, a última pesquisa feita pelo órgão, publicada em 2018, analisou o período entre 2000 e 2016 (16 anos), mostrando que a taxa de mulheres aprisionadas aumentou em 455% ,superando a taxa de aprisionamento masculina que ficou em 293%, levando-a ocupar a quarta posição no ranking de países que mais aprisionam mulheres no mundo. Até o fim do levantamento, o número de mulheres aprisionadas no país somava 46 mil, sendo o Estado de São Paulo o portador da maior população carcerária feminina à época, com 15.104 presas. Neste sentido Campos ensina que as políticas públicas são insuficientes, dentro de um sistema carente de estrutura e violadora dos Direitos Humanos:

> No Brasil, existem diferentes setores sociais nos quais podem apontar violações sistemáticas de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais, a começar por políticas públicas insuficientes: saneamento básico, saúde pública, consumo de crack. Atualmente, talvez seja o sistema carcerário

> brasileiro o que produz o maior grau de violação generalizada de direitos humanos decorrente de omissões e falhas estruturais e agravada pela sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superar tal quadro (CAMPOS, 2016, p. 264-265).

Durante toda a história, o sistema prisional foi considerado um ambiente de perigo, de desamparo e de antecipação da morte, privando a liberdade e provocando terríveis tormentos aos condenados (Bitencourt, 2011). Hodiernamente, nota-se um sistema carcerário com superlotação, precário, que desrespeita os direitos individuais do preso, e demonstra o descaso do poder público e a falta de investimento nos presídios brasileiros (Assis, 2007). No Brasil a primeira prisão para mulheres surgiu no Rio de Janeiro em 1942 e recebeu o nome de reformatório especial. Essa instituição ficava longe das prisões masculinas e sob a administração de freiras que garantiam a higiene, a disciplina e a educação das apenadas. Os reformatórios seguiam o modelo de casas de conventos e as mulheres encaminhadas a esses lugares eram tratadas como irmãs desgarradas, que não precisavam de castigo, mas sim de cuidados aliados à prática da oração e afazeres domésticos (Soares & Ilgenfritz, 2002).

O Código de Processo Penal determina a separação dos presos de acordo com a natureza da prisão e o tipo de regime, sendo admitidas a prisão em flagrante (artigo 301 CPP), prisão preventiva (temporária – lei 7.960/89 e preventiva 312 do Código de Processo Penal). Conforme publicação do INFOPEN, no mês de junho de 2016, 45% das mulheres aprisionadas no país ainda não possuíam condenação, sendo, portanto, presas temporárias. Os Estados com maior número de presas sem condenação eram Amazonas, Sergipe, Ceará, Bahia, Pará e Piauí, onde 6 em cada 10 mulheres presas não haviam sido julgadas. Campos traduz uma quadro de decadência do Sistema prisional, que ao invés de ressocializar acaba por ser um indutor de novas práticas:

> O quadro demonstra a falência do sistema prisional brasileiro, que apenas produz mais violência (...). Além de grave violação de direitos humanos, o sistema carcerário brasileiro representa também um problema de segurança pública. O fim de ressocialização dos presos é algo impensável de ser alcançado. Como se costuma dizer, os presídios brasileiros servem para aumentar a criminalidade dos pequenos delinquentes: “entram pequenos ladrões, saem monstros”. As taxas de reincidência são muito elevadas e envolvem crimes ainda mais graves – conforme dados do CNJ, em torno de 70%. Muitos desses, inclusive os presos provisórios, acabam aumentando o contingente das facções criminosas. Os resultados são violações de direitos humanos dentro dos presídios e aumento da criminalidade e da violência fora desses. O estado de coisas é, realmente, assustador (CAMPOS, 2016, p. 267).

Nos dias atuais a legislação pátria, ao debater acerca das mulheres gestantes e lactantes em situação de cárcere, restringe-se em assegurar minimamente que mãe e filho

permaneçam juntos durante a gestação e seis meses após o nascimento. Mas há quanto tempo essa situação é discutida de forma efetiva pela nossa sociedade? As soluções encontradas são realmente eficazes para atender as mulheres e seus filhos? Em quais condições se encontram essa parte da população carcerária feminina?

É sabido que o período de dependência de uma criança em relação à sua genitora, vai muito além da importantíssima fase de aleitamento. As fases posteriores, quando são criados os vínculos emocionais, que atingem diretamente as ideias, opiniões, e até mesmo o caráter do ser gerado, devem estar estruturadas de maneira que aquela criança, não seja penalizada pelos erros da mãe e permitam que, mesmo atrás das grades, haja possibilidade de cuidado e condições de ressocialização para que as mulheres retornem aos seus lares com segurança e aptidão para reconstruir a própria vida e dar auxílio aos seus filhos que delas necessitam. Barcelos destaca o distanciamento da realidade e da legislação, especialmente quando é tratar o preso como sujeito de direitos:

> Há várias décadas o tratamento conferido aos presos no Brasil é, como regra geral – e não como exceção –, degradante e desumano. E isso apesar de o Brasil manter uma tradição, no plano internacional, de discurso a favor dos direitos humanos, e dos direitos dos presos em particular, de haver ampla e detalhada legislação interna sobre os direitos dos presos e de existirem até recursos financeiros reservados para políticas penitenciárias. A explicação que se cogita para essa circunstância de fato diz respeito formação da sociedade brasileira, que não teria incorporado – a despeito do discurso e do que dispõe a legislação – as noções de igualdade e dignidade essenciais dos indivíduos, trabalhando, diversamente, com uma concepção de dignidade que se vincula não ao ser humano, mas àquilo que ele faz ou deixa de fazer. Os presos, portanto, não seriam considerados titulares de dignidade ou de direitos (BARCELOS, 2010, p. 21).

Ao julgar a ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal (STF) verificou o pedido de providência formulado pelo PSOL para que fosse reconhecida a violação de direitos fundamentais da população carcerária e solicitou que novas medidas fossem tomadas a respeito do tema prisional. O ministro Marco Aurélio, relator do processo, deu seu voto no sentido de que os juízes, ao apreciarem os casos, necessitam observar a motivação e necessidade de prisões provisórias, bem como as motivações que os fizeram não aplicar medidas alternativas à prisão. Em seu voto explicou:

> Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males", disse, assinalando que a maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao

> cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. (BRASIL, 2015)

A partir do julgamento da ADPF 347 e da ADI 5240, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 213, instituiu a obrigatoriedade de realização das audiências de custódias, momento em que o magistrado verifica a necessidade de ser mantido ou não prisão provisória, convertendo-a em preventiva ou concedendo a liberdade provisória, permitindo a utilização de medidas diversas da prisão, como o monitoramento eletrônico para evitar o encarceramento.

Convém ressaltar que a lei n.9.099/95, fora criada para desafogar o sistema penitenciário e proporcionar outras alternativas à prisão.. Nesses juizados foram encontradas formas mais céleres e gratuita da resolução de litígios. No âmbito criminal são tratados somente os casos de menor potencial ofensivo (pena máxima de dois anos).

1.4 Da proteção a maternidade e à infância como direito social

Segundo Varella (2017) as rotinas, dores, penas e dificuldades vivenciadas pelas mulheres encarceradas merece uma reflexão. A dor de ver suas crianças espalhadas por casas de parentes ou vizinhos ou instituições públicas, como o Conselho Tutelar, aproximam-se das definições dadas ao conceito de tortura moral e afetiva, pois as mães sofrem, agozinam com a ausência e falta de notícia dos filhos.

A proteção à maternidade e à infância são tópicos resguardados pela Carta Magna em seu capítulo II – Dos Direitos Sociais, artigo 6º, garantindo proteção como direito mínimo fundamental à existência, abarcado pelo fundamento da dignidade da pessoa humana, dentre outros direitos:

> 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 (BRASIL, 1988)

A proteção à infância, assim como à maternidade, além de ser um direito fundmental social, tem natureza assistencialista. Conforme art. 203, I e II, da Constituição, a assistência social também tem como objetivos a proteção à infância e à adolescência, e o amparo às crianças e adolescentes carentes.A garantia de proteção à infância também recebe respaldo através do artigo 227 da Carta Magna, dispondo:

> 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. (Brasil, 1988)

É cediço que a presença da mãe durante a formação emocional, física e psicológica dos filhos seja de extrema importância. O vínculo com o filho nascido durante o encarceramento se constrói em conexão com a vivência simultânea da separação. Tanto pela expectativa da separação obrigatória, findo o tempo permitido para a permanência da criança, quanto pela vivência de ameaça de separação a qualquer momento em razão de problemas disciplinares. Todas estas incertezas presentes e futuras estão envoltas em normas e procedimentos pouco claros, céleres e com grande margem de discricionariedade da administração penitenciária (VENTURA; SIMAS; LAROUZÉ, 2015).

Entretanto, mesmo com todas essas garantias em lei, é difícil que todas sejam cumpridas da maneira adequada quando se olha pelo contexto das mães em situação de encarceramento. Ser mãe pela própria natureza já é uma tarefa árdua, e dentro das cadeias a situação torna-se mais dificultosa. A falta de assistência, o constante clima de tensão do ambiente, e a necessidade de improviso para brincadeiras e ou momentos prazerosos, sugam da mulher tanto esforço ao ponto de que muitas prefiram que seus filhos não as visitem na cadeia. Prazeres pequenos como fazer uma refeição preparada pela mãe, um piquenique no parque, tirar fotos para registrar momentos especiais são situações que as crianças que tem suas mães presas não podem desfrutar.

Segundo Sarlet (2001), por ser direito social, a proteção a maternidade tem um caráter prestacional do Estado, além de ser um direito ao mínimo existencial, não podendo ser objeto de alterações, devendo, portanto, preservar todas as dimensões deste direito fundamental, qual seja, inclusive a dimensão organizativa e material. Neste diapasão, não basta apenas ofertar os direitos fundamentais, é necessário promover as condições estruturais e organizacionais para que ele possa ser efetivado, sem limitação.

Bonavides, determina os direitos sociais de segunda dimensão como “direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”.

Nesse mesmo sentido que Silva (2006, p. 286) aduz que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que

possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais

. Assim, os direitos sociais são instituídos com o escopo de preservar a igualdade entre todos, e em relação a maternidade como direito social, pode ser citado como fator de extrema relevância o vínculo materno como por exemplo através do aleitamento, obrigatório para a saúde da criança até o seis meses de idade.

1.4.1 Lei n° 13.257 de 08 de março de 2016 – Princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância.

A Lei que estabelece os Princípios e Diretrizes para a primeira infância foi criada em março de 2016, e tem como função precípua o atendimento ao comando constitucional previsto no art. 227 da Constituição Federal,qual seja, priorizar e resguardar os direitos das crianças. É definido como primeira infância o período entre os 0 e 6 anos de idade, no qual a criança descobre e desenvolve diversos sentidos, aptidões e aprende a lidar com suas emoções através das vivências. Pinto&Sarmento (1997) definem primeira infância da seguinte maneira:

> [...] o estabelecimento desses limites não é uma questão de mera contabilidade jurídica, nem é socialmente indiferente. Pelo contrário é uma questão de disputa política e social, não sendo indiferente ao contexto em que se coloca nem ao espaço ou tempo da sua colocação. Assim "ser criança" varia entre sociedades, culturas e comunidades, pode variar no interior da fratria de uma mesma família e varia de acordo com a estratificação social. Do mesmo modo, varia com a duração histórica e com a definição institucional da infância dominante em cada época. (PINTO; SARMENTO, 1997, p.17).

Os eixos centrais os quais este trabalho se dedicará, dentro das diretrizes da Lei 13.257, tratam sobre assistência e acesso a mães gestantes, normas sanitárias, educação e saúde. Neste contexto, analisaremos o comando legal quanto a estes direitos observe:

> §5° Assistência e acesso a mães gestantes que pretendam encaminhar seus; filhos à adoção bem como àqueles em situação privativa de liberdade;
>
> §10º em penitenciárias, as mulheres gestantes ou com filhos deverão contar com espaços que atendam às normas sanitárias, bem como deverão ter acesso à assistência, educação e saúde (§ 10). Mesmo apresentando espaços e cuidados à saúde assegurados pelo poder público, entende-se que é muito mais benéfico à gestante, à mãe e, especialmente, à criança que passem por essas fases em prisão domiciliar, o que também é garantido pelo Marco Legal da Primeira Infância

O vínculo afetivo se constitui a partir dos laços duradouros com pessoas muito próximas das relações interpessoais. Ele se desenvolve por meio da capacidade emocional e psicológica da criança e, também, pelos cuidados, pelo olhar e pela responsabilidade que os cuidadores tratam as emoções das crianças (Ramires & Schneider, 2010). O apego é a aproximação e o contato com uma determinada realidade afetiva e o objetivo é estabelecer segurança. É considerado um mecanismo básico, porque tem o papel de oferecer, através da figura de apego, respostas que supram as necessidades de alimentação e sexualidade, podendo ter controle do ambiente em que a criança se encontra. As ações proporcionam sentimentos de segurança e fortificam os laços com a figura de apego (AINSWORTH, 1989).

O preceito da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) convergem para a alteração legislativa promovida pela inclusão do artigo 318 do Código de Processo Penal, que aborda a possibilidade de concessão da prisão domiciliar às gestantes e mulheres que possuem filhos menores de 12 anos, no intuito de que possam exercer a responsabilidade de criação dos filhos. Essa priorização da prisão domiciliar deu-se principalmente pelo marco da primeira infância, vislumbrando assegurar o desenvolvimento integral da criança, nos termos do art. 19 ECA, o estímulo à amamentação (art. 8º, § 3º, ECA) e o enaltecimento dos vínculos familiares e comunitários (art. 13, Marco Legal da Primeira Infância), consagrando, assim, com o artigo 227 da Constituição Federal, que coloca as crianças e seus direitos como prioridade absoluta da nação.

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (ANGHER, 2016, p. 1064). Sendo assim, são abarcados também todos os direitos da mulher gestante para que tenha um acompanhamento digno que garanta os meios para que sua criança possa nascer saudável.

O desenvolvimento integral e de forma adequada na primeira infância é crucial tendo em vista que as vivências da criança nesse momento influenciarão toda as áreas da sua vida, seja ela emocional, psicológica, de saúde, social ou cognitiva. Do período gestacional até a infância, o meio onde a criança está inserida, nesse caso, aprisionadas junto as suas mães, influencia diretamente em seu desenvolvimento cognitivo, social e emocional. Na concepção de Kurowsky:

> No caso referente às crianças, essa privação estende-se à aprendizagem e à devida estimulação sócio-cultural emocional adequada a cada faixa etária, sendo que quando se compara uma criança cujo meio é uma instituição com outra do mundo externo, estabelece-se uma discrepância significativa, onde é percebido nitidamente o que representa essa perda do contato social e a conseqüente impossibilidade de aquisição de conhecimentos necessários ao perfeito desenvolvimento, bem como a sensação ou fracasso que essa criança sentirá ao se comparar à realização pessoal que tem a criança em sociedade (KUROWSKY (1990, p.8):

Ainda, em meio a todas as adversidades enfrentadas pelas mulheres aprisionadas, conforme preleciona (CASTILHO, 2007, p. 39). vão de encontro aos direitos sociais preservados constitucionalmente, as condições enfrentadas pelas mulheres nos presídios brasileiros, destacando-se "o tratamento discriminatório das mulheres presas", assim como "as péssimas condições físicas de encarceramento", e, principalmente, "violações de direitos fundamentais, em especial da saúde e da maternidade"

A partir do julgamento do HC coletivo n.131.760, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a importância de preservação da maternidade, da infância e da dignidade da pessoa humana, oportunizando as gestantes e lactantes o direito à prisão domiciliar, desde que preencham determinadas condições. Ainda, permitiu que este segmento tivesse a oportunidade de progressão de pena, desde que cumprida a fração de um oitavo da pena imposta. Na oportunidade o ministro Gilmar Mendes explanou:

> Não obstante a gravidade do delito, a concessão da prisão domiciliar encontra amparo legal na proteção à maternidade e à infância, como também na dignidade da pessoa humana, porquanto prioriza-se o bem estar do nascituro, principalmente em razão dos cuidados necessários com o seu nascimento e futura fase de amamentação, cruciais para seu desenvolvimento (BRASIL, 2018)

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 76.612, reconheceu-se a importância da presença materna no bem-estar físico e psicológico da criança, oportunidade em que a Ministra Maria Thereza de Assis concedeu a ordem para permitir que a detenta permanecesse na prisão domiciliar:

> Aduz a necessidade de soltura ou colocação em prisão domiciliar para amamentação e cuidados com o filho da paciente. (...), visto ser indiscutível a importância da presença materna para o bem-estar físico e psicológico do bebê. Dessa forma, considerando tais peculiaridades, penso ser razoável a aplicação do artigo 318, III, do Código de Processo Penal, de maneira a permitir que a paciente permaneça em prisão domiciliar a fim de garantir o cuidado de seu filho menor (BRASIL, HC 76.612)

Sendo assim, percebe-se uma mudança de paradigma para o sistema carcerário com políticas criminais voltadas ao desencarceramento partir da vigência da lei n° 13.257 no ordenamento jurídico, e a a alteração promovida no art. 318 do CPP, primando pela participação das mulheres no contexto de criação dos filhos, especialmente os menores de doze anos, preservando os direitos dos filhos de convivência com os responsáveis legais.

2 O PERFIL DA MULHER ENCARCERADA E O DESTINO DAS CRIANÇAS AFASTADAS DO CONTATO MATERNO

O apoio familiar e a presença das mães encarceradas na vida dos seus filhos auxiliam na reestruturação psicológica, emocional e profissional das presas, fazendo assim com que elas tenham mais empenho na tentativa de se reinserir na sociedade, mesmo estando em um ambiente prisional permeado de sofrimentos e limitações. Segundo Jardim (2010), ao tematizar a família como coparticipante da execução penal, o Estado viabiliza o suporte necessário das presas para suportar o ambiente de privações:

> Os estudos sobre a participação dos familiares nos mecanismos de tratamento, nos quais elas são compreendidas como coparticipantes ainda são escassos. Contudo, a problematização acerca da inserção dos familiares nos mecanismos de tratamento penal, tematizando a família como coparticipante na execução da pena, mostra-se como um objeto de investigação até agora pouco explorado em virtude de que os estudos e análises centram-se na importância de se manter vínculos durante o cumprimento da pena, como um meio de se acessar o próprio tratamento penal negligenciado pelo sistema, no qual se considera os familiares como indispensáveis para que as pessoas presas possam suportar o ambiente de privações. (JARDIM, 2010, p.11)

A punição criminal no Brasil recai, sobretudo, sobre os jovens e negros acusados do cometimento de delitos relativos à circulação indevida da riqueza: roubos, furtos e tráfico de drogas. A circulação indevida da riqueza é a principal preocupação dos mecanismos de controle do crime, em detrimento do tratamento dos conflitos violentos, da proteção da vida e da integridade física, numa lógica de administração de conflitos própria de uma sociedade rica e violenta, considerando que, tanto a riqueza quanto a violência são desigualmente distribuídas (SINHORETTO, 2014)

Canazaro, expõe que ser mãe na prisão envolve diversas questões a serem resolvidas diariamente em meio ao caos. A primeira delas trata da sobrecarga de rompimentos dos vínculos e das relações externas: na maior parte das situações, os presídios são afastados de leus lares naturais, dificultando o acesso da presa com seus familiares. A segunda, se relacionada as privações afetivas. As mulheres ao serem aprisionadas se veem sobrecarregadas de seus próprios sentimentos, tornando-se ainda mais dificultoso lidar com suas alterações emocionais. Pode ser mencionado também as sobrecargas acarretadas pelas privações materiais, das responsabilidades financeiras que deixaram no mundo externo quando eram chefes de família, afetação direta em sua autoestima.

Apesar de ser assegurado em lei de execução penal, as visitas de familiares às mulheres não é comum, pois em datas comemorativas como aniversários, natal, e até mesmo dia das mães, elas permanecem em suas celas sem sequer um telefonema. Isso se dá pelo fato da sociedade ainda achar muito mais inaceitável que uma mulher entre no mundo do crime, sendo visivelmente abandonada por seus familiares como forma de punição, sem qualquer tipo de recurso e apoio do marido, pais, amigos ou parentes próximos. Varella (2017) destaca que o abandono feminino dentro das prisões é algo cotidiano, sendo a solidão a única alterantiva:

> O cotidiano da prisioneira é dominado e pela solidão. Ao ir para a cadeia, é separada dos filhos, abandonada pelo homem, fica mais pobre ainda, mal cuidada e ganha peso por causa da dieta e do sedentarismo. Nessas condições, quem quer saber de uma mulher? Poucas pessoas, a julgar pelo tamanho das filas nos dias de visita. Com alegações variadas até os familiares mais próximos se afastam. A mãe visita o filho preso durante anos consecutivos; a filha não merece a mesma consideração (VARELLA, 2017, pág.82)

O Comitê das Nações Unidas sobre os direitos das crianças adverte a respeito da importância de que a criança receba a atenção individualizada desde o seu ingresso na prisão, durante a sua permanência e após seus afastamento do contato materno Ainda, (SANTA RITA, 2009, p.214) defende "deve ser enfatizado a necessidade da díade mãe/criança no contexto prisional, devendo sempre ser objeto de novos olhares, discussões e práticas institucionais".

Desse modo, visto que mesmo com tratados internacionais, que o Brasil faz parte como signatário, assegurando certos direitos as encarceradas, as políticas públicas internas deixam a desejar, pois faltam projetos que aproximem e reestruture a parte econômica, sentimental e interpessoal entre as famílias e as presas, para que haja mudança do quadro de solidão e abandono.

2.1 Perfil econômico social e racial das mães encarceradas

> Grande parte dos dados apresentados sobre os perfis relacionados a população prisional feminina brasileira abrangem variados aspectos, e possibilitam dar uma visão maior sobre suas origens, históricos de vida e situações de vulnerabilidade social. De fato, a análise dos dados demonstra que existem certos perfis de mulheres (baixa escolaridade, negras) no sistema prisional com discrepância tendências ao encarceramento de mulheres no país, e reforça o já conhecido perfil da população prisional geral. (INFOPEN-2015).

Mesmo com o crescimento econômico do Brasil e da criação de políticas públicas para reduzir problemas sociais relacionados ao ciclo intergeracional da pobreza, desigualdades socioeconômicas persistem. Essas desigualdades podem ser vistas no contexto regional, entre zonas rurais e urbanas e entre níveis de renda e grupos étnico/raciais diversos, podendo ser observado por exemplo, as variações entre as taxas de mortalidade infantil, expectativa de vida, salários e competência acadêmica. A distribuição heterogênea entre as regiões para a taxa de mortalidade infantil até um ano de idade, por exemplo, em 2010 teve como extremos as regiões Nordeste (33/1.000 nascidos vivos) e Sul (15/1.000 nascidos vivos)59, sendo as diferenças mais expressivas ao se considerar o nível de escolaridade materna. (Dados IBGE). Portanto deve ser priorizado a formulação de políticas que reduzam essas diferenças, favoreçam a existência de ambientes provedores de estimulação psicossocial adequada, principalmente para crianças cujas famílias integram os grupos de maior vulnerabilidade

Os dados apresentados abrangem diferentes aspectos: desde a natureza da prisão, tipo de regime, raça/cor/etnia da mulher privada de liberdade, estado civil, escolaridade, razão de sua prisão. Esse conjunto de dados reflete dimensões bastante distintas, que permitem o cruzamento entre si e a elaboração de diagnósticos sobre as eventuais falhas do sistema de justiça criminal e também de políticas públicas, que poderiam ser traduzidas em maiores oportunidades sociais a perfis específicos de mulheres. (INFOPEN – 2015)

Nota-se o ato índice (63%) de mulheres brasileiras condenadas com penas de prisão de até oito anos. Esse dado revela a persistência da pena de prisão como medida sancionatória, inclusive para os casos de crimes menos graves, impactando de forma mais geral o total da população de mulheres encarceradas no Brasil. (INFOPEN-2015)

Ao verificar o perfil das mulheres privadas de liberdade por faixa etária por Federação, nota-se que o perfil etário da mulher encarcerada se repete em quase todos os Estados, sendo a maioria das mulheres privadas de liberdade abaixo dos 34 anos, período em que se pode estar plenamente trabalhando e influenciando na economia. No Maranhão e no Acre foi registrado um percentual considerável de mulheres entre 18 e 24 anos (45% e 41%, respectivamente). (INFOPEN-2015)

A maior parte das jovens encarceradas são solteiras (57%). Se comparado a distribuição das categorias de estado civil entre homens e mulheres encarcerados,

percebe-se que a principal diferença entre os gêneros está nas categorias divorciado e viúvo. Apenas 1% dos homens são divorciados e outros 1% viúvos, sendo que essa proporção é de 3% entre as mulheres. (INFOPEN-2015)

Em relação ao grau de escolaridade, este se apresenta baixo no geral da população prisional. Enquanto na população brasileira total cerca de 32% das pessoas completou o ensino médio, apenas 8% da população prisional total o concluiu. Se comparado o grau de escolaridade de homens e mulheres encarcerados, verifica-se uma condição relativamente melhor no caso das mulheres, ainda que persistam baixos índices gerais de escolaridade (50% das mulheres encarceradas não concluíram o ensino fundamental – 53% dos homens). Apenas 4% das mulheres encarceradas são analfabetas, contra 5% dos homens; 11% das mulheres encarceradas concluíram o ensino médio, contra 7% dos homens encarcerados. (INFOPEN-2015)

Quanto à população total, 4 em cada dez registros correspondem a crimes contra o patrimônio. Tráfico de drogas é, por sua vez, o crime de maior incidência, respondendo por 27% do total de crimes informados. Os crimes de homicídio correspondem a 14% dos registros. Quando se analisa essa distribuição com recorte de gênero, no entanto, são reveladas importantes especificidades. O encarceramento feminino obedece a padrões de criminalidade muito distintos se comparados aos do público masculino. Enquanto 25% dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico, para as mulheres essa proporção chega a 68%. Por outro lado, o número de crimes de roubo registrados para homens é três vezes maior do que para mulheres. (INFOPEN-2015)

Quanto ao tempo de pena imposta às pessoas privadas de liberdade, 28% das unidades prisionais declararam não ter informações sobre o tempo total dos presos em seus registros. Todos os estabelecimentos que realizam o registro da informação sobre o tempo da pena o fazem no momento da inclusão dos presos. Em 57% dos casos, o dado é atualizado com base nas informações de outros mandados de prisão. Ao analisar somente as mulheres privadas de liberdades, tem-se uma concentração das sentenças até 8 anos, sendo que 63% das mulheres condenadas têm penas de até 8 anos, contra 51% dos homens. Em geral, pode-se inferir das figuras acima que as mulheres cumprem sentenças mais curtas que os homens no sistema prisional. (INFOPEN-2015)

2.2 Proteção constitucional e legal do menor no ordenamento jurídico

Para entender sobre a construção histórica dos direitos da criança e do adolescente, é necessário que seja abordado a *Declaração dos Direitos da Criança, emitida pela ONU, em 20 de novembro de 1959*, divisor de águas na abordagem dos direitos relacionados as crianças e adolescentes, titulares de interesses juridicamente protegidos. Porém, esses agentes como titulares de direitos só se deu no âmbito internacional com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança**,** adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990 e promulgada pelo Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990.

A responsabilidade dos pais, na atualidade, detém diversas obrigações pré-estabelecidas, tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil. Pode ser conceituado como "um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados tendo em vista a proteção destes" (RODRIGUES, 2001, p. 90). No Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 21 estabelece:

> O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência (BRASIL, 1990).

Sobre estas definições trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ISHIDA (2003, p. 7), traz duas linhas de pensamento, quais sejam, a primeira encabeçada por Carlos Alberto Bittar Filho em que concebe " o pátrio poder – ou poder paternal - a missão confiada a ambos os pais para regência da pessoa e dos bens do filho, desde a concepção a idade adulta", sendo mais um *múnus* legal do que propriamente um poder. Por outro lado, José Luiz Mônaco da Silva define o pátrio poder como "um feixe de direitos e deveres sob os quais os pais criam, educam, assistem moral e materialmente os filhos menores" (MÔNACO, p.333, 2003).

Todo esse poder dos pais em relação aos filhos ser dá pela necessidade de haver um adulto responsável envolvido na criação e educação das crianças no intuito de permitir que tenham um norte de certo e errado, direitos e deveres, bom e mau, ajudando-os assim na formação de seu caráter.

A proteção do menor também vem através das normas internacionais, sendo a primeira delas, o Tratado de Genebra, iniciando em 1924, onde a entidade se posicionou

acerca dos direitos dos menores de idade recomendando aos estados filiados cuidados próprios àqueles da faixa etária abarcada pelo infanto-juvenil. Posteriormente esse mesmo tratado em 1933, já previa o combate ao tráfico de mulheres e crianças.

Alguns tratados como a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem trouxeram a obrigação em alimentar, auxiliar, e educar os filhos menores de idade. Em seguida, A Declaração Universal dos Direitos Humanos tratou sobre os cuidados a serem dispensados com a criança, bem com a maternidade. Porém, pode-se dizer que o maior dos Tratados sobre a infância tenha sido a Declaração Universal dos Direitos da Criança.

CHAVES (1997) estabelece onze princípios básicos para os menores, quais sejam, proteção especial para o desenvolvimento, físico, moral e espiritual; Direito à nacionalidade, Benefícios à previdência social, criando-se com saúde, recreação, alimentação e assistência médica; Cuidados especiais à criança incapacitada física, mental e socialmente; Responsabilidade dos pais num ambiente de afeto e segurança moral e material, não sendo apartada da mãe salvo circunstâncias excepcionais; Educação gratuita e compulsória; Direito de brincar e distrair-se; Direito de ser a primeira a receber proteção e socorro; Proteção contra qualquer forma de negligência, crueldade e exploração; Proibição de emprega-la antes da idade mínima conveniente e, por fim, a proteção contra atos que possam suscitar discriminação racial, religiosa ou de qualquer natureza.

Desta feita, se observa a dedicação dos mecanismos internacionais em resguardar e priorizar todas as circunstancias relativas a infância, bem como a proteção do menor dentro das legislações, declarações e tratados internacionais.

No tocante à proteção constitucional do menor, ante o movimento internacional garantista, foi necessário que se inserisse na nossa constituição de 1988, no capítulo VII, Título VIII, a expressa proteção integral para as Crianças e Adolescentes, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e o adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração ou violência. José Afonso da silva destaca que se trata de um direito fundamental cuja:

> Dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações proporcionais pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São portanto, direitos que se ligam aos direitos de igualdade, valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais (SILVA,1999 p. 289).

Não são admitidos, em nosso ordenamento jurídico, a diferença de tratamento às pessoas vislumbrando suas características, escolhas ou fé. Entretanto, é válido ressaltar que o princípio da igualdade estabelece o tratamento diversificado de acordo com suas especificidades e necessidade. Para "dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades" (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

O princípio da igualdade, enquanto direito fundamental, está intimamente ligada à democracia. A partir do reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, pensar na proteção igualitária, segundo Silva (1999), permite uma reflexão mais concreta, pois através da função jurisdicional:

> A igualdade perante o Juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissoluvelmente ligada à democracia. O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça (SILVA, 1999, p. 221).

Portanto, a proteção integral do menor, prevista na Constituição Federal de 1988, é a fonte para a edição, dois anos mais tarde, de um Estatuto específico de proteção para as crianças e adolescentes, já que são titulares de direitos e deveres. Na esfera penal, havendo cometimento de crimes, eles permanecem acolhidos para cumprimento de pena socioeducativa. Entretanto, se permanecem no sistema penitenciário em razão da genitora ali está detida, certo é que há uma grave violação do princípio da intransferência da pena privativa, pois não pode passar da pessoa do condenado, violando direito fundamental dos encarcerados e imputando um ônus aos menores, o que afetará o seu desenvolvimento biopsicologico.

2.3 Ruptura do contato maternal, perda do poder familiar e as consequencias para a prole.

O alojamento das crianças filhas de mulheres aprisionadas desde o início da vida é atrás das duras grades da prisão. A pena para as mulheres, que são gestantes ou possuem crianças menores de 6 anos, torna-se um martírio em duplicidade, quando as mesmas veem seus filhos no local totalmente inadequado para sua formação.

O aprisionamento dos inocentes, muitas vezes, é a única forma das mães de

mantê-los por perto, antes que o prazo definido por lei que os garante ficarem juntos se expire. A necessidade de um bebê em relação a mãe é um fato óbvio. Para Bowlby (1960, p.11) infere-se que "considera-se essencial para a saúde mental do recém-nascido e da criança de pouca idade, o calor, a intimidade e a relação constante com a mãe (ou quem, em caráter permanente, a substitua)."

O autor complemente afirmando que a angústia da privação do vínculo materno pode atingir de maneira importante a formação da saúde mental da criança, podendo comprometer a afetividade e os posteriores relacionamentos desta. A ausência da mãe a longo prazo pode desencadear instabilidade emocional, comportamento agressivo e dificuldades na relação interpessoal. Kurowsky (1990, p. 15) defende que:

> É comprovadamente produtivo considerar muitos distúrbios psiconeuróticos e da personalidade nos seres humanos com um reflexo de um distúrbio na capacidade para estabelecer vínculos afetivos, em virtude de uma falha no desenvolvimento na infância ou de um transtorno subseqüente (KUROWSKY,1990, p. 15).

Ao realizar a análise das crianças que ficam em condição de encarceramento, conjuntamente com as mães, é notória as dificuldades encontradas devido ao ambiente precário, porém a grande parte das aprisionadas preferem que seus filhos sejam mantidos por perto para os devidos cuidados.

Dillner (1992, apud STELLA 2006, p. 95) explica que o ambiente que recebe as presas e seus filhos aprisionam ainda mais as crianças do que as suas mãe, tendo em vista que a ausência de condições ambientais interferem negativamente no desenvolvimento do filho. No mesmo sentido Kurowsky (1990) destaca a perda do contato social interfere no desenvolvimento dos filhos do cárcere:

No caso referente às crianças, essa privação estende-se à aprendizagem e à devida estimulação sócio-cultural emocional adequada a cada faixa etária, sendo que quando se compara uma criança cujo meio é uma instituição com outra do mundo externo, estabelece-se uma discrepância significativa, onde é percebido nitidamente o que representa essa perda do contato social e a conseqüente impossibilidade de aquisição de conhecimentos necessários ao perfeito desenvolvimento, bem como a sensação ou fracasso que essa criança sentirá ao se comparar à realização pessoal que tem a criança em sociedade (KUROWSKY, 1990, p.8)

Dessa maneira, é evidente a diferença de uma criança cujo desenvolvimento deu início dentro das grades de uma penitenciária, mas ainda sim as mães ainda preferem

tê-los por perto para evitar que elas mesmas e as outras tenham comportamentos hostis e agressivos.

O afastamento da mulher encarcerada gestante da sua família, diversas vezes se dá pela vergonha dos familiares ou pela própria presa, tornando-se um dos motivos do distanciamento, da omissão, da falta de esperança e busca de auxílio (VIAFORE, 2005). Essa situação citada pela autora mostra que o filho junto ao cumprimento da pena muitas vezes é o único apoio emocional que a detenta possui. O fato de estar junto ao bebê dá condições mais favoráveis às mães, mas as crianças podem ser prejudicadas no seu desenvolvimento estando dentro de uma penitenciária. Spitz (1993, apud STELLA, 2006), diz que os bebês são como "válvulas de escape" para o alívio das "emoções instáveis" das mães, estando expostos a explosões rápidas e alternadas de carinho, amor e hostilidade e fúria.

Não é novidade ouvir das mães encarceradas as lamúrias sobre o sofrimento de estar ou ficar longe dos outros filhos. Além do afastamento dos outros filhos muitas dessas mães não recebem visitas. Esse fato pode ser pelo motivo de que 42,3% delas nasceram no interior do estado, o que pode dificultar o contato com a família. Outro fator relevante é que 61,5% das presas são solteiras e 69,2% dos pais das crianças também estão presos, o que limita a visitação para as mães encarceradas. (INFOPEN, 2012).

O tema que trata sobre o prazo de permanência da criança com a mãe em nas prisões é disciplinada de formas diversas nos países. Existem países em que as crianças podem viver na prisão na companhia do pai. Porém, como demonstra Robertson (2008), esse tipo de situação é raridade, as vezes pelo fato da mãe ser a principal responsável e também pelas condições inadequadas (normalmente mais do que os femininos) dos estabelecimentos prisionais masculinos.

Segundo Robertson (2008), na França, a criança pode ficar com a mãe que cumpre pena privativa de liberdade até os dezoito meses e, excepcionalmente, até os dois anos de idade.No Canadá, até os quatro anos em tempo integral e, em tempo parcial, como finais de semana e feriados, até os doze anos. Na Alemanha, até os três, quatro ou seis anos, dependendo do estabelecimento. Na Suécia, as crianças podem permanecer na companhia da mãe privada de liberdade até um ano de vida. No Chile, até os dois anos. Na Itália, até os três anos, sendo que as mulheres grávidas não podem ser presas. Já na Grécia até os três, quatro ou seis anos, dependendo da instituição. Em países como Espanha e Venezuela até os três anos, ao passo que na Índia e no México até os seis anos de idade

No âmbito nacional, especificamente em Brasília, "a criança é retirada da prisão

aos seis meses; em Curitiba, é possível que ela fique até os seis anos; em Minas Gerais, elas deixam o cárcere aos dois anos e, no Pará, ao nascer" (ANDI, 2011, p 10).

Segundo informações obtidas através do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (6/2012), 80 (oitenta) institutos penitenciários atendem a população feminina, sendo 13 (treze) destes estabelecimentos exclusivos para mulheres e estabelecimentos mistos.. Não se pode deixar de denunciar as diversas ambivalências dessa área, no campo dos direitos humanos, como a falta de unidades prisionais específicas para as mulheres e por separação de regime penal; a falta de espaços apropriados para o atendimento à infância; a inexistência de políticas específicas voltadas para a maternidade como um todo; o direito à convivência familiar e comunitária, entre outros. As necessidades são muitas no atendimento às mulheres e seus filhos, o que se agrava com o pouco investimento do poder público na área prisional em nosso país. Os filhos do cárcere "são como todos os bebês. O que os tornam diferentes é o ambiente à sua volta. Em vez de quartos limpos, centenas de brasileirinhos vivem trancafiados em celas de presídios femininos do país, alguns em condições subumanas" (ANDI, 2011, p. 12)

O mundo já anda demasiado violento, prova disso são os índices divulgados todos os anos sobre o aumento da criminalidade, mas nada é feito quanto a prevenção das causas da violência, em especial com os filhos de mães que cumprem pena privativa de liberdade e que são diretamente atingidos pela sua situação familiar. Mesmo aqueles que não nasceram e foram criados na prisão são de igual forma atingidos pela restrição da liberdade de suas genitoras, já que estando sujeitos a passarem vários anos sem vê-las.

Não se pode esquecer que muito antes da privação de liberdade, inúmeros fatores já se faziam presentes na vida dessas mulheres como na de seus filhos já nascidos, fato que está a exigir maior investimento pelo poder público, visando sua ressocialização.

O Relatório sobre Mulheres Encarceradas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos - OEA (2007) já alertava que o Estado deveria nesse universo específico construir espaços produtivos, saudáveis de recuperação e resgate da autoestima e de cidadania para as mulheres, mas só tem feito ecoar a discriminação e a violência de gênero, presentes na sociedade para dentro dos presídios femininos.

há um evidente descompasso entre a normativa internacional, a legislação e a realidade do sistema prisional brasileiro. Em termos de normativa internacional e de legislação, o país tem ainda precisa avançar muito para superar a realidade posta no

sistema prisional brasileiro, qual seja, totalmente sucateado. É preciso uma rápida adaptação para oferta de ambiente adequado para os bebês filhos de mães que cumprem pena privativa de liberdade em situação de total insalubridade, violando os princípios gerais de direitos humanos acolhidos na Carta Maior.

A população de mulheres privadas de liberdade no Brasil mais que triplicou no período de uma década e o sistema penitenciário não se preparou para atender a demanda. Em 2000, cumpriam pena, no regime fechado, 4.363 mulheres, sem informações sobre a existência de crianças nos presídios, ao passo que, em 2012, o número elevou-se para 13.742, com registro de 325 bebês (Ministério da justiça, 2012).

Toda a criança, ao nascer, deve ser registrada no Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais, gerando a sua Certidão de Nascimento. Para a lavratura da certidão de nascimento deverá ser apresentada ao Oficial do Registro a declaração de nascido vivo, fornecida pelo hospital onde a criança nasceu. Em caso de a criança vir a nascer fora do hospital, deverá ser observado o procedimento previsto na Lei dos Registros Públicos (art. 54 da Lei nº 6.015/73).

Para os casos em que o pai está privado de liberdade, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da sua Corregedoria-Geral de Justiça (Ofício Circular nº 38/94 – CGJ e os Provimentos nºs 19/94 e 04/04 – CGJ), regulamenta o reconhecimento da paternidade por meio de instrumento particular, que deve ser assinado pelo pai que se encontra encarcerado e encaminhado ao Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais para a regularização do registro, ficando autorizado o deslocamento de auxiliar do Registro, com a ficha-folha do livro de folhas soltas, para a realização do ato registral no próprio presídio.

Em que pese à obrigatoriedade do registro civil de nascimento, dados dos Resultados Preliminares do Censo Demográfico 2010 do IBGE revelam que, em todo o Brasil, há 599.204 pessoas com até 10 anos sem registro de nascimento. Espírito Santo tem o melhor número, onde 2.478 crianças não foram registradas. A pior situação é em São Paulo, onde 81.352 estão sem documento. Na região Centro-Oeste, Mato Grosso é o Estado com o menor número de bebês, filhos de mães que cumprem pena privativa de liberdade número de crianças sem registros. (ANDI, 2011,p. 277)

Com o registro de nascimento, adquire-se a condição de cidadão de um determinado país, estabelece-se o poder familiar dos pais com relação aos filhos, que passa a ser exercido de forma conjunta pelos pais. Na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade, conforme prevê o artigo 1.631 do Código Civil.

Em caso de divergência dos pais quanto ao exercício do poder familiar, a eles caberá recorrer à autoridade judiciária para a solução do impasse. (Código Civil)

O poder familiar extingue-se pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção ou por decisão judicial. No exercício do poder familiar, compete aos pais dirigir a criação e a educação dos filhos, tê-los em sua companhia e guarda e conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem, além de representá-los até os dezesseis anos nos atos da vida civil e assisti-los após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, bem como exigir obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (art. 1.634 do Código Civil).

Com relação à guarda, assinala Maciel (2010) que a maior dificuldade que as mães encarceradas é a questão complicada para quem deixar a guarda de seus filhos menores. A guarda é atributo do poder familiar e constitui um direito e um dever. Não é só o direito de manter o filho junto a si, disciplinando-lhe as relações, mas representa o dever de resguardar a vida do filho, e exercer vigilância, bem como o dever de assistência e representação.

A lei civil e do Estatuto da criança e do adolescente prevê hipóteses em que é possível a autoridade judiciária suspender ou extinguir o poder familiar dos pais com relação aos filhos em decorrência de sua conduta. Fatos desta natureza são comuns, em especial nas Varas da Infância e Juventude, e envolvem principalmente a prática de maus-tratos, abuso sexual e negligência severa. (Código Civil)

A suspensão do poder familiar está reservada para os casos de menor gravidade ao passo que a perda do poder familiar, aos casos mais graves, quais sejam, , a aplicação dos castigos imoderados aos filhos, o abandono, a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes. (Lei n° 8.069/90)

É também possível a suspensão do poder familiar nas hipóteses em que o pai ou a mãe são condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão, conforme prevê o parágrafo único do artigo 1.637 do Código Civil. Ainda o artigo 92, inciso II, do Código Penal, prevê a incapacidade do pai ou da mãe para o exercício do poder familiar, caso venha a ser condenado pela prática de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, cometido contra filho, tutelado ou curatelado.

Cabe ressaltar que a suspensão do poder familiar decorrente de sentença criminal abrangerá apenas o filho que foi vítima, não se estendendo ao restante da prole. Isto não impede que o Ministério Público ajuíze ação de suspensão ou destituição do poder

familiar contra o genitor que foi condenado, buscando que os efeitos da medida se estendam a todos os filhos. (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90)

Importante salientar que a suspensão e a perda do poder familiar, decorrente de sentença criminal ou cível, dependem de decisão judicial, devidamente fundamentada. A suspensão do poder familiar costuma ocorrer nas situações em que se vislumbra a possibilidade de mudança no comportamento dos pais.. As causas motivadoras da ação de suspensão ou destituição do poder familiar, na atualidade, vêm elencadas nos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil, assim como no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por sua vez, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, em seu art. 3.1, salienta que "todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança". (Convenção Sobre os Direitos da criança, 1990)

Constituindo-se a prioridade absoluta conferida à criança um princípio constitucional, deve-se atribuir- um "sentido norteador, Os bebês filhos de mães que cumprem pena privativa de liberdade verdadeira super norma a orientar a execução e a aplicação das leis, bem como a feitura de diplomas de inferior hierarquia, tudo dentro da mais estrita legalidade" (MARCHESAN, 1998,p.84).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em vigor a partir de 1990, "recepciona amplamente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta" (Schreiber, 2001,p.82), alterando, substancialmente, velhas práticas que tiveram seu nascedouro na vigência da doutrina da situação irregular.

Conforme assinala Stella (2009,p.292), "a mãe, em nossa sociedade, ainda é a principal responsável pelos filhos, (...)" assumindo "um papel central na socialização dos indivíduos, na transmissão da cultura e até mesmo como figura comprometida em inserir as crianças em um meio socializador como a escola". O que se vê nos casos de mães aprisionadas e seus filhos são a demasiada vulnerabilidade social, uma vez que a privação de liberdade "acarreta separações traumáticas para a criança e seu deslocamento de um provedor para outro"; "a maioria das crianças cujos pais encontram-se encarcerados, vive na pobreza antes, durante e depois do encarceramento dos pais" (Kosminsky; Pinto; Miyashiro, 2005 p.52).

As crianças, cujos pais se encontram presos, "podem apresentar uma variedade de emoções, que incluem desde medo, ansiedade, raiva, tristeza, solidão e culpa"

(Kosminsky; Pinto; Miyashiro, 2005,p.52) que precisam ser devidamente avaliadas e tratadas com o fim de evitar o agravamento dos sintomas. Nos casos onde o bebê não pode permanecer com a mãe enquanto ela se encontra privada de liberdade, a guarda deverá será passada primeiramente, a um familiar, mediante decisão do juiz. Porém, quando não existe familiar, os filhos de mães que cumprem pena privativa ficam a mercê de outra pessoa, cujo as condições emocionais e físicas sejam suficientes para suprir a ausência materna.

Essas crianças precisam ser acompanhadas, pelo poder público, a fim de que sejam reduzidos os danos relacionados a separação da mãe, não havendo familiar ou outra pessoa apta a desempenhar a guarda, a criança será acolhida em instituição. Em situações onde os pais forem destituídos do poder familiar, existe a alternativa de adoção, caso tenham pessoas interessadas e habilitadas. Nos casos onde a mãe possui o poder familiar, mesmo cumprindo penas privativas de liberdade, como nas hipóteses que, por decisão judicial, tenha ele sido suspenso ou extinto, a guarda pode ser deferida a um terceiro. (Eca, 1990)

Ter a guarda de uma criança não significa que o guardião detém também o poder familiar. É possível que uma pessoa tenha guarda de uma criança sem estar imbuído do poder familiar, assim como é possível recair na mesma pessoa a guarda e o poder familiar de uma criança ou adolescente.

A autorização de guarda tem a possibilidade de ser alterado a qualquer momento a critério do juiz, sendo necessário também a oitiva do Ministério Público, para que apresente possíveis situações as quais venham prejudicar a criança.

O sistema de Justiça, precisa estar preparado para lidar com situações envolvendo crianças com mães aprisionadas, bem como com o debate e necessidade da permanência de bebês junto as suas mães, o direito desses filhos visitarem a mãe, a forma de preparar os envolvidos para superar as dificuldades que costumam estar presentes no momento da separação, quando o filho não mais pode permanecer na companhia da mãe.

3 HABEAS CORPUS (143641) E AS POSSIBILIDADE DE PREVISÃO DE GARANTIAS ÀS MULHERES COM CONDENAÇÃO DEFINITIVA

3.1 O sistema prisional e a teoria da pena

Pode-se definir pena como a resposta estatal a uma infração penal cometida por aquele que praticou um fato típico, ilícito e culpável. Dentro dessa teoria, existem três subdivisões principais, quais sejam: a de caráter retributivo da pena denominada teoria absoluta; a pena como um viés preventivo que traz a teoria relativa e por fim a teoria mista que traz a pena como uma forma de ressocialização. (MASSON, 2012, p.530)

Para Masson (2012, p.543) a teoria absoluta pode ser definida como a retribuição por parte do Estado ao mal injusto, crime ou contravenção penal provocado pelo condenado, devendo ser uma forma de punição onde a finalidade é "devolver na mesma moeda" ou ainda "olho por olho e dente por dente, não sendo importante a ressocialização mas tão somente a vingança estatal, punindo simplesmente para retribuir a prática do ilícito penal.

A teoria relativa, por sua vez, vislumbra afastar o indivíduo da sociedade, haja vista que deixando-o aprisionado, sozinho, o mesmo não conseguirá fazer mal aos outros e repensará seus atos. Segundo Carnelutti:

> Têm por objetivo a prevenção de novos delitos, ou seja, busca obstruir a realização de novas condutas criminosas; impedir que os condenados voltem a delinqüir..É uma maneira de manter a paz e o equilíbrio social, tendo em vistaque aquelas pessoas que presumidamente são criminosas, ou tenham uma pré-disposição ao crime, já estarão encarcerados, dificultando assim a ocorrência de novas condutas ilegais (CARNELLUTI, 2004, p. 1005).

Porquanto, a teoria mista abarca as ideias principais das anteriores visando ao mesmo tempo punir o ato e prevenir que aquelas e outras pessoas cometam a mesma conduta delituosa, se importando diretamente com o caráter ressocializador da pena.

Para Lima (2011, p.26) o sistema carcerário no Brasil está falido. O cenário que se vê explicita condições precárias e subumanas de vida dentro das penitenciárias, além da violência constante. Dentre as práticas podem ser mencionadas a violência sexual que acarreta em proliferação de doenças graves e as drogas que agravam a situação dos internos.

Portanto, pode-se perceber que o caráter ressocializador dentro do sistema prisional brasileiro tem se perdido, estando reconhecidamente ausentes direitos básicos garantidos constitucionalmente, sendo, inclusive, declarado o estado de coisa

inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Greco (2011) corrobora com falência do Sistema penitenciário, ressaltando que não se pode permitir violação diária da dignidade humana, especialmente enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação e falta de cuidados médicos.".

O ambiente prisional torna-se mais agressivo para afetar a saúde física e mental das mulheres encarceradas que são gestantes, lactantes e mães de menores, sendo que sua permanência no sistema assola não só a saúde das mães, mas também dos menores que estão sob sua guarda e responsabilidade. É necessário buscar alternativas para o cumprimento da pena imposta que vislumbrem o maior bem estar dessas pessoas mais fragilizadas nesse ambiente.

Antes de o sistema penitenciário implodir, e o Brasil virar o 3° país que mais encarcera mo mundo e ocupando a 4ª posição no ranking de mais mulheres encarceradas no mundo, a importância sobre o debate de políticas de desencarceramento não tinha tanta visibilidade (INFOPEN, 2016). Atualmente com a crise das cadeias lotadas, e a população carcerária só aumentando, o debate sobre medidas alternativas ao encarceramento ganha destaque nas pautas. Exemplo de medidas que se tornaram crescentes foi o uso da colaboração premiada e a aplicação das penas restritivas de direito. Outras medidas também são os estatutos que ampliaram as hipóteses de substitutivos às infrações de menor potencial. A Lei 9.099/95 inicialmente limitava a composição civil e a transação penal aos casos de pena máxima não superior a 01 ano. No entanto as Leis 10.259/01 e 11.313/06 definiram em 02 anos de pena máxima as hipóteses de gozo dos direitos que, entretanto, ainda não são suficientes para conter o caos prisional.

3.2 *Habeas corpus* coletivo n° 143.641 e a lei federal 13.769/18

Visando resguardar os direitos das gestantes, lactantes e mães, aprisionadas cautelarmente, a Defensoria Pública por meio da União impetrou perante a Suprema Corte Federal (STF) o Habeas Corpus Coletivo n 143.641, onde pleiteava a substituição das prisões cautelares de mães com filhos menores de 12 anos ,desde que o crime não tivesse sido cometido com ameaça ou violência contra a pessoa por prisão domiciliar.

A prisão preventiva, ao confinar mulheres – grávidas, lactantes, puérperas, com filhos menores ou deficientes – em estabelecimentos prisionais precários tira delas o acesso a programas de saúde, pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e

ainda priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, tendo em vista que isso afeta a capacidade de aprendizagem e socialização, ocasionando assim uma transferência da pena da mãe para o filho. (BOITEUX; FERNANDES; PANCIERI, 2017).

Desse modo, no dia 20 de fevereiro de 2018, o STF decidiu conceder o pedido realizado no HC coletivo, atingindo as mulheres aprisionadas cautelarmente em todo o território nacional.

Na decisão mencionada, a turma decidiu conceder a ordem para que houvesse a substituição da prisão preventiva, sem que ficassem prejudicados quaisquer aplicações das medidas alternativas do art. 319 do CPP. De tal modo, foi garantido tal benesse a todas as mulheres presas gestantes, puérperas, ou mães de crianças deficientes conforme o art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015.)

Entretanto, restariam excluídas dos efeitos do HC, aquelas que praticaram crimes com violência ou grave ameaça contra seus descentes, ou em casos excepcionais devidamente justificados pela autoridade judiciária. A medida, por *ser in bonan parte,* também atingiu as mulheres adolescentes nas mesmas condições sujeitas a medidas socioeducativas. Ainda, caso constatado a perda ou suspensão do poder familiar por outros motivos não ligados a prisão, a ordem também não se aplicaria.

Diante da total especificidade da decisão, embora não seja vedada, se torna desnecessária a postulação por parte do advogado a sua aplicação tendo em vista que a medida seria aplicada efetivamente visando poupar essas mulheres presas das falhas estruturais de acesso à justiça. Por fim, a decisão estabeleceu que em caso de descumprimento, a ferramenta utilizada deveria ser o recurso e não a reclamação conforme preestabelecido na ADPF 347. A concessão desse HC permitiu a revistação ao sistema carcerário feminino, cuja população encontra-se crescendo cada vez mais.

No voto que compôs a decisão final que concedeu o HC, o Ministro relator Ricardo Lewandowski, exprimiu sua análise acerca da necessidade de se considerar as crianças como sujeitos de direitos, que devem ser preservados, para tanto, a própria carta magna, em seu artigo 227, garante o respeito a essa condição, sendo todos responsáveis por coibir qualquer tipo de violação. Ainda o Ministro ressalvou a desumana situação vivenciada nos presídios brasileiros, fato já discutido pelo STF na apreciação da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 e firmando seu texto nessa questão, relembrou o entendimento jurídico de que fatos

notórios independem de provas (BRASIL, 2018).

Além disso, manifestou a necessidade de se fazer valer o princípio constitucional de intrascendência da pena, prevista no art. 5° inciso XLV, conforme exprimiu em seu voto. O Ministro relator confirmou em seu voto que de fato, existe uma deficiência de caráter estrutural no sistema prisional fazendo com o que milhares de grávidas e mães e mães encarceradas experimentam da dificultosa situação vivenciadas no ambiente prisional. Com isso, o Ministro constatou em seu voto que as mulheres estão efetivamente sujeitas a situações degradantes na prisão, em especial privadas de cuidados médicos pré-natal e pós-parto, bem como as crianças estão se ressentindo da falta de berçários e creches.

Desta forma, fica claro que o aprisionamento atinge não só a mãe, mas também a criança que é afastada do convívio materno. WACQUANT (2004), destacando também o impacto danoso do encarceramento tanto para o detento e, de modo mais injusto, para sua família, havendo desestruturação não só financeira, mas desagregação das relações de amizade e de vizinhança, com traços de enfraquecimento dos vínculos afetivos, distúrbios na escolaridade dos filhos e perturbações psicológicas graves decorrentes do sentimento de exclusão aumentam o fardo penal.

Após a concessão do HC por parte do Supremo, vários tribunais emitiram decisões que convergiam com a ideia da necessidade de se resguardar as mães aprisionadas. Prova disso é demonstrado na decisão emitida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), diante do julgamento do Habeas Corpus 431309/SC onde decidiu conceder a ordem, de ofício, a uma paciente aprisionada que possuía gêmeas de três anos de idade, conforme trecho que se segue:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. MULHER PRESA. FILHAS DA PACIENTE COM 2 ANOS DE IDADE. HC COLETIVO Nº 143.641/SP (STF). PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.. (...) IV – Sobre o tema, já se pronunciou o col. Supremo Tribunal Federal no sentido de que "A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (HC n. 95.024/SP, Primeira Turma, Relª. Minª. Cármen Lúcia, DJe de 20/2/2009). V – O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641, determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes. VI – Na

> hipótese, depreende-se que as condutas em tese perpetradas não foram cometidas mediante grave ameaça ou violência, tampouco contra seus descendentes, sendo que a paciente possui duas filhas menores (gêmeas de 3 anos de idade), preenchendo portanto os requisitos elencados no Habeas Corpus coletivo, n. 143.641, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus não conhecido. Contudo, concedo a ordem de ofício para determinar a substituição da prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar, salvo se por outro motivo estiver presa, e sem prejuízo da análise da necessidade de imposição de outras medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, bem como das demais diretrizes contidas no referido HC 143.641/SP, devendo, ainda, o d. juízo de primeiro grau orientar a paciente quanto às condições da prisão domiciliar, de forma a evitar seu descumprimento ou a reiteração criminosa, haja vista que tais circunstâncias poderão ocasionar a revogação do benefício. (grifos nossos) (STJ – HC: 431309 SC 2017/0334973-0, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 17/04/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/04/2018)"

Contudo, mesmo após o HC 143.641 alguns tribunais emitiram decisões onde sobrepunham o preenchimento dos requisitos estabelecidos, pela necessidade de priorizar a garantia da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal. Nas decisões divergentes como na explicitada na denegação da ordem no Habeas Corpus 00092170920168190000 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a autoridade judicial justificou que a mãe já se encontrava em unidade prisional junto ao seu filho, dispondo de todas as condições necessárias para realizar a amamentação. Posteriormente, o Supremo reconheceu que não existe a possibilidade das unidades prisionais brasileiras possuírem condições de oferecer assistência adequada à gestante e a lactante. Devendo sim aquelas que preenchiam os requisitos estabelecidos no HC 143.641 receberem a substituição da pena por prisão domiciliar, invalidando a argumentação do de garantia da ordem pública ou instrução criminal.

Abreu e Pacheco (2017, p. 1519) traz como exemplo que confirma o pensamento da Suprema Corte sobre a precariedade e a inviabilidade de que sejam oferecidas condições dignas dentro do cárcere, o presídio feminino da capital do país, conhecida como Colméia, onde as gestantes e lactantes não recebiam atendimento de saúde referente ao pré-natal, sendo seus direitos básicos violados:

> […] é de conhecimento público (temos um paradigma) de que as detentas em situação de gravidez ou com filhos de idade até 12 anos não dispõem de assistência médica regular oferecida pelo Estado, ferindo seus direitos pessoais básicos. A precariedade do sistema de saúde pública no Distrito Federal repercute sobremaneira também no Presídio Feminino do Distrito Federal, onde detentas em estado gestacional não realizam procedimentos de pré-natal, além de serem discriminadas socialmente, enquanto que mães aprisionadas também ficam alijadas do convívio maternal, cabendo ao Estado provir e intervir na busca de condições da reversão da pena de prisão preventiva para prisão domiciliar, respeitados os tramites descritos em lei, e também, o Estado deve respeitar o lado mais delicado da situação: a mulher" (ABREU; PACHECO (2017, p. 1519)

Por fim, deve ser mencionado também que após todos esses debates doutrinários e decisões divergentes e convergentes, foi sancionada a Lei Federal n° 13.769/18 que alterou o Código de Processo Penal, a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Execução Penal no que tange a substituição da pena preventiva e o regime de cumprimento da pena privativa pela prisão domiciliar da mulher gestante ou mães responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência.

3.3 Acordo de não persecução penal e o PLS de n° 64/2018

O acordo de não persecução penal é uma alternativa acrescentada por meio da lei 13.964/19 podendo ser realizado entre o investigado e o Ministério Público. Para que isso ocorra, existem alguns pré-requisitos a serem preenchidos. O primeiro deles trata da confissão feita formalmente pelo agente investigado devendo ser realizado na presença da defensoria pública e do Ministério Público. Nesses casos, a homologação da confissão gerará efeitos no acordo, sendo obrigatória a homologação em audiência onde o juiz verificará sua voluntariedade e legalidade.

Em relação ao acordo de não persecução penal, a nova lei colocou em prática antigas intenções do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP em relação a inserir no sistema criminal brasileiro o acordo despenalizador, ou seja, uma negociação, ou ajuste a ser feito entre o Ministério Público e o investigado, acompanhado por seu advogado, e que, uma vez cumprido, acarretará a extinção da punibilidade.

Rômulo Moreira, procurador de Justiça do Ministério Público da Bahia explica que o segundo requisito exigido pela lei é que o acordo seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Trata-se de uma repetição, *ipsis litteris*, da última parte do que contém o art. 59 do CP que estabelece os parâmetros para a determinação da sanção aplicável em caso de uma condenação (ao lado do art. 68, CP).

É importante observar que o acordo de não persecução penal não cabe nos crimes abarcados pela lei 9.099/95 tratados no Juizado Especial. Entretanto sua aplicação é possível no âmbito da Justiça Eleitoral e também na seara da Justiça Militar.

Outros requisitos para que seja efetivado o acordo de não persecução são:

O não cabimento da transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; o investigado não ser reincidente; inexistirem provas de que a conduta criminosa seja realizada com habitualidade, reiteradamente ou de forma profissional; não ter sido o agente beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo

de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; não ter sido o crime (não contravenção) praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (não agressora).

Outros caminhos têm sido estudados para auxiliar as mulheres com condenação transitada em julgado. A Senadora Simone Tebet (PMDB/MS), encaminhou o PLS de n° 64 de 2018, à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que visava criar uma forma de progressão mais benéfica as mulheres condenadas em segunda instância, possuidora de filhos menores ou com alguma deficiência, ou ainda, gestantes.

No art. 2º, do referido projeto, foi contemplada a situação da presa condenada, permitindo que ela progredisse de regime cumprindo apenas 1/8 da pena, (e não 2/5 como atualmente) desde que obedecidos os demais requisitos legais. O art. 3º, vislumbrava a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos mesmos moldes do art. 2 º do Projeto, com exceção do cumprimento mínimo de fração da pena. Para as mulheres que não consigam cumprir referidos requisitos, ainda restaria a previsão legal do mencionado art. 318 do CPP.

CONCLUSÃO

O presente trabalho traz a premissa da necessidade de aplicação da prisão domiciliar para as mulheres encarceradas, que são genitoras de filhos menores. Desde a antiguidade, o cárcere e a mulher estão ligados em total descaso por parte do Estado e a sociedade civil organizada passa a clamar uma mudança na legislação penal quanto a essa classe de mulheres, tendo em vista que as crianças acabam sofrendo com o encarceramento.

É grande o preconceito da sociedade em relação aos que cumprem pena nas penitenciárias, sendo duplamente castigadas já que os direitos de seus filhos na infância sofrem grandes impactos e os seus próprios direitos são retirados sem nenhuma intervenção a seu favor.

Após a edição de declarações internacionais, no qual valorizou-se a dignidade da pessoa humana, tais como a Declaração dos Direitos do Homem, Pacto São José da Costa Rica, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Regras de Bangkok e Regras de Mandela, o Estado passa a se preocupar com os efeitos do encarceramento feminino, especialmente das mulheres com filhos menores.

O que se percebe ao longo do tempo é que o âmbito penal sofreu severas mudanças com a edição do Estatuto do Idoso, do Marco da primeira infância, bem como os direitos e garantias fundamentais insculpidos na constituição federal de 1988.

Houve uma mudança de paradigma clara no sistema penal, pois a partir de 1990 passa a considerar as políticas de desencarceramento, como é o caso da lei 9099, de 1990. Recentemente, a obrigatoriedade das audiências de custódia mais uma vez demonstram que a liberdade passa a ser a regra, sendo a prisão exceção.

Nos presídios femininos, não faltam leis versando a respeito da vida materna no cárcere, porém, a maior parte dos estabelecimentos não possuem estruturas básicas de atendimento a mãe e ao bebê. Dessa forma, crianças acabam se tornando o que comumente é chamado de filhos do cárcere, sendo privadas de desenvolver-se e receber o tratamento adequado quanto aos seus direitos constitucionalmente garantidos em nossa Carta Magna.

Com todas essas mudanças, o Estado passa a se preocupar com o destinos dos filhos menores das mulheres encarceradas, que muitas vezes acabam na criminalidade ou abandonados durante o período mais importante da criança, que é a infância e a adolescência.

O preconceito por parte da sociedade, família e, até mesmo, dos profissionais de todas as áreas, que prestam serviço dentro e fora do presídio reforçam que pior do que ser mulher criminosa só ser mãe criminosa.

A sociedade passa a repensar no ambiente exclusivamente punitivo do cárcere, ponderando a falta de estrutura à mulher mae, que afeta não somente a ela mas toda a sua família e em especial seus filhos. Em que pese a ratificação de diversos tratados internacionais, o Brasil ratifique tratados internacionais em relação a vida prisional, na prática a assistência, aos que foram duramente afetados pela falta de estrutura básica desde pequenos, reflete em grandes chances de virem a delinquir pela ausência de um tratamento digno por parte do Estado.

Sendo a principal razão para a elaboração de projetos de lei voltados para políticas de desencarceramento, reformas na legislação penal e processual penal trazem novas perspectivas para a situação da maternidade no cárcere sejam mais adequadas e dignas. Recentemente, em dezembro de 2019, houve a publicação de outras alternativas ao cárcere, estabelecidas em acordos de não persecução penal, projetos de lei com enfoque na progressão da pena e alterações legislativas que contribuem cada vez mais na melhor adaptação da maternidade dentro do cárcere.

Fica visível também a falência das instituições prisionais em relação ao caráter ressocializador da pena, necessitando o país de uma reformulação das políticas públicas voltadas ao cárcere bem como também aquelas voltadas para a prevenção como educação, cultura, lazer, esporte a todos os menos favorecidos dentro da sociedade.

A situação das mulheres encarceradas teve uma evolução após a concessão do HC 143.641 no Supremo Tribunal Federal, permitindo que as mulheres que possuíam filhos menores de 12 anos, ou com deficiência, cumprisse sua pena em prisão domiciliar visando a imprescindibilidade dos cuidados maternos na criação dos filhos durante a infância.

Com isso, um pouco da dignidade humana e do respeito ao princípio da intranscendência da pena foram recuperados. Porém, é notório que ainda são necessárias várias políticas públicas voltadas ao cárcere feminino, que podem auxiliar na ressocialização das mulheres aprisionadas, bem como aumentar a qualidade de vida da sua família e sua prole.

Contudo, centenas de mulheres ainda se encontram no cárcere mesmo preenchendo os requisitos para a conversão da prisão cautelar em domiciliar. Certo é que a sociedade brasileira precisa evoluir no sentido de reconhecer que não somente a prisão cautelar deve ser transformada em prisão domiciliar, mas também a prisão pena deve ser repensada, pois em casos específicos, em que a prisão cautelar seja possível, nada impede que prisão pena seja também convertida, pois, em regra, o maior contingente feminino são de mulheres que nunca cometeram crimes.

Este trabalho visou contribuir com a pesquisa no âmbito penal acerca da situação em que se encontram as mães no cárcere e espera servir a outros acadêmicos, estudiosos e profissionais, como fonte de estudo, sobre os direitos das mulheres gestantes encarceradas, para que haja cada vez mais discussões sobre o tema e sempre que possível na presença de autoridades e do poder público para que possam reger da melhor forma possível o Sistema Prisional Feminino.

REFERÊNCIAS

ABREU, C. S.; PACHECO, R. S. A aplicabilidade da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para as gestantes e mulheres com filhos de até 12 anos. Simp. TCC/ Sem. IC. 2017 (12); 1519-1528.

AMARAL, Junior – Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, editora Edusp, 1999, página 14.

AINSWORTH, M. D. S. (1989). Anexos além da infância. Departamento de Psicologia

da Universidade de Virginia. *Associação Americana Psicologia*. 44(4), pp. 709-716.

BARNABÉ, LUCIMARY – Tecendo os fios da Infância, acesso em 08/11, disponível em http://books.scielo.org/id/h8pyf/pdf/andrade-9788579830853-06.pdf acesso em 12/01/20

BITENCOURT, CEZAR. Tratado de Direito Penal, parte Geral, 16ª Ed. Saraiva, 2010.

REES, Laurence – O Holocausto: Uma nova história, editora Vestígio, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. Palácio do Planalto. LEI DE EXECUÇÕES PENAIS, Lei 11.942 de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11942.htm

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143641. Pacientes: todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, 1ue ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Voto do Ministro Relator**. Brasília, 20 mar. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura Relatório de Visita ao Presídio Central de Porto Alegre. Brasília, DF, 2015c, 37 p. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas deatuacao/tortura/relatoriosmnpc/relatoriodevisitaopresidiocentraldeportoalegrers>

CANAZARO, DANIELA. A maternidade no meio prisional, vivências das mães encarceradas na realidade brasileira e portuguesa, 2016, BRASIL

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

CARNELUTTI, Francesco, As Misérias do Processo Penal, São Paulo: editora Pillares, 2006.

CARNELUTTI, Francesco, Lições Sobre o Processo Penal, volume 1, 1º edição, Campinas: Bookseller, 2004.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Execução da pena privativa de liberdade para mulheres: a urgência de regime especial. **Revista Justitia** (São Paulo), v.197, p.37-45, jul/dez.2017

CASTRO, Leonardo: Prisão em Flagrante, temporária e preventiva. Acesso em 04/11

disponível em: https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/313428773/prisao-em-flagrante-prisao-preventiva-e-prisao-temporaria-distincoes acesso em 23/05/2019

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Pacto São José da Costa Rica acesso em 28/10/19 disponível em https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-

costa-rica.pdf.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Regras De Tóquio Regras Mínimas Padrão Das Nações Unidas Para A Elaboração De Medidas Não Privativas De Liberdade, acesso em 25/10/19 disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf

DIAS, Celio Antonio. **A situação das mulheres condenadas, que sejam gestantes, mães de crianças, de adolescentes, ou de pessoas com deficiência.** 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64627/a-situacao-das-mulheres-condenadas-que-sejam-gestantes-maes-de-criancas-de-adolescentes-ou-de-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 25 mar. 2018.

FLAVIO GOMES, 25 anos depois, Direito Penal 3.0. disponível em https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6029-25-anos-depois-Direito-Penal-30 acesso em 15/04/2020

GENTILI, FRANCO – Tortura: Instrumentos Medievais, editora Horizonte, 1996.

GOMES, Aline Barbosa Figueiredo. As prisões do feminino e as mulheres nas prisões, um recorte sobre a maternidade encarcerada. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2010.

GRECO, ROGÉRIO. Curso de Direito Penal, 13ª Ed. Rio de Janeiro, 2019.

GUERRA, SIDNEY – Direitos Humanos Curso elementar, Editora Saraiva 4ª edição 2014.

HENRIQUE, ISABELA – Cartilha Primeira Infância Prioridade Absoluta, 2017. Acesso em 10/10/2019, disponível em: https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2017/11/cartilha_primeira-infancia.pdf

https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2017/11/cartilha_primeira-infancia.pdf

INFOPEN, 2018 – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, INFOPEN MULHERES. 2ª edição acesso em 04/10/2019, disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf

INFOPEN, 2015 – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 1ª edição

Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf acesso em 13/11/2019

ITTC - Instituto Terra, Trabalho e CidadaniaArtigo “STF reconhece regras de Bangkok como meio de desencarcerar mulheres”, julho de 2016. Acesso em 12/07 disponível em http://ittc.org.br/stf-reconhece-regras-bangok-como-meio-desencarcerar-mulheres/

KUROWSKI, Cristina Maria. Análise crítica quanto a aspectos de implantação e funcionamento de uma creche em penitenciária feminina. Porto Alegre, 1990. 37 f

LEITE E FERRO, Documentário. Direção: Claudia Priscilla, 2011 acesso em 23/07/2019 Disponível em http://leiteeferro.wordpress.com/.

MARETO, TATIANA –"É CHEGADA A HORA DE EXERCER UM POUCO DE CORAGEM": ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA LEI 13.257/16 À LUZ DO HABEAS CORPUS 143641 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em https://jus.com.br/artigos/66038/e-chegada-a-hora-de-exercer-um-pouco-de-coragem-analise-critica-acerca-da-lei-13-257-16-a-luz-do-habeas-corpus-143641-do-supremo-tribunal-federal. acesso em 12/01/2020

MOREIRA, ROMULO DE ANDRADE O acordo de não persecução penal http://www.lex.com.br/doutrina_27974797_O_ACORDO_DE_NAO_PERSECUCAO_PENAL.aspx acesso em 17/06/2020

PRIMEIRA INFÂNCIA É PRIORIDADE ABSOLITA, Cartilha disponível em https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2017/11/cartilha_primeira-infancia.pdf. Acesso em 13/06/2020

PORTUGAL. Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. Lei n o . 115/2009 de 12 de outubro. Diário da República, 1ª série, n.197, 12 de outubro de 2009.

QUEIROZ, NANA. Presos que Menstruam 2015, editora Record

Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela) UNODC, acesso em 29/10 disponível em https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf acesso em 03/02/2020

RAMOS, ANDRE DE CARVALHO – Processo Internacional de Direitos Humano 5ª edição, editora Saraiva

RAMOS, A. Curso de Direitos Humanos 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

RODRIGUES KALLAS, MATHEUS 2019 "A falência do sistema prisional brasileiro: um olhar sobre o encarceramento feminino" acesso em 28/10/2019 disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1_62.pdf

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional** positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.

SINHORETTO et al, Jacqueline. A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais no Brasil. Relatório Final. São Carlos: Universidade Federal de São Carlos, 2013.

SOUZA, Rubens – Direitos Humanos, editora Áudio Ltda, 1ª edição, 2013.pág. 53.

VARELLA, DRAUZIO – Prisioneiras, Editora Companhia das Letras 2017.

VERA,SILVA - Controla e Punição: as Prisões para Mulheres http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-

55602013000200006 acesso em 31 mai.2019

Voto, Ministro Celso Melo acesso em 02/09/2019 disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc134734despacho.pdf

Voto, Ministro Marco Aurélio acesso em 13/08 disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560 acesso em 12/12/2019

VELHO, GILBERTO 2000 – Cidadania e violência Editora UFRJ.

WACQUANT, Loïc. **A aberração carcerária à moda francesa.** 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582004000200001&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 29 mar. 2018. p.221.

CINTHIA ALVES SILVA

O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4983: A VAQUEJADA

Monografia de Conclusão de Curso apresentada como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília.

Linha de Pesquisa: O Direito, hermenêutica, justiça e efetividade.

Orientador: Prof. Me. Fabrício Ferreira Ramos

Brasília/DF
2020/1

DEDICATÓRIA

A Deus, meus pais e minha avó.

AGRADECIMENTOS

A minha querida Mãe, Wildislene Alves Gomes, por todo amor que dela recebi nessa empreitada.

Ao meu pai, Edivan Gonçalves da Silva, exemplo de homem íntegro, o qual eu me orgulho todos os dias de ser filha.

A minha querida prima, Nayara Gonçalves Damasceno Pina, por todo o carinho recebido durante essa jornada e por ser uma das únicas familiares que moram nesta cidade além de mim.

Aos meus amigos queridos: Natália Nascimento de Jesus Sousa, Talita Almeida Lima, Eduardo Augusto de Bessa Cotrim, Lucas Matheus Correia da Silva e André Menezes de Miranda, pelo amor e confiança em mim depositados.

Aos demais familiares e amigos.

Ao Prof. Me. Rafael Mesquita da Rosa, que com muito carinho me ajudou a iniciar este projeto, realizando com paciência e zelo o dever de ensinar.

Ao meu querido orientador, Prof. Me. Fabrício Ramos, pela paciência com que conduziu este projeto.

Sobretudo a Deus, pela sabedoria e discernimento.

RESUMO

O presente projeto propõe o estudo e enfrentamento de um problema recorrente na estrutura do Estado: o Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. Porém, não apenas num aspecto geral, mas principalmente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983, a qual tratava da Lei Estadual nº 15.299/13, que regulamentava a prática da Vaquejada no estado do Ceará. O pedido de inconstitucionalidade se deu porque no entendimento da Procuradoria Geral da República havia o conflito de dois paradigmas constitucionais: o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito do povo brasileiro a se manifestar culturalmente. Além disso, será pontuada outras práticas consideradas como agressivas aos animais, bem como a produção e consumo do *Foie Gras*, que é alvo de Repercussão Geral no STF.
Palavras-chave: Ativismo. Inconstitucionalidade. Vaquejada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....8

Capítulo I: A IMPORTÂNCIA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES.....10

Exemplos de Ativismo Judicial que Prejudicam o Mundo Jurídico Atual.....11

Capítulo II: A ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4983 14

Votos Favoráveis à Inconstitucionalidade da Lei nº15.299/13:.....15

Votos Contrários à Inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/13:.....25

AS CONSEQUÊNCIAS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4983 NO MUNDO JURÍDICO BRASILEIRO 32

Constitucionalidade da Lei Federal nº 13.364/2016..... 32

Constitucionalidade da Lei Distrital nº 5.579/2015.....36

Emenda Constitucional nº 96/2017: agora a prática da vaquejada é direito constitucional.....38

A Contrariedade Perante o Poder Legislativo Vigente à Época do Fato.....40

FOIE GRAS: A LEGALIDADE DA PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE UMA IGUARIA INTERNACIONA 45

CONCLUSÃO.....49

REFERÊNCIAS.....50

INTRODUÇÃO

Mesmo após a tentativa do Supremo Tribunal Federal de acabar com a prática da Vaquejada, a atividade desportiva sobrevive em nosso país. Em novembro de 2016, um mês após a decisão do STF, foi sancionada a Lei Federal n° 13.364/16, que eleva o rodeio, a vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. Além disso, em 6 de junho de 2017, entrou em vigor a emenda constitucional nº 96, que diz:

> Art. 1º O art. 225 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º: "Art. 225 § 7º: Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos."

Tal manifestação do Poder Legislativo se deu devido ao Ativismo Judicial que partiu do STF em relação à Vaquejada. Isso ocorre porque a Suprema Corte busca uma efetivação de normas constitucionais perante falhas dos poderes Executivo e Legislativo, e, ao longo dos anos, o STF demonstra um ativismo judicial cada vez mais frequente em diversas pautas. De acordo com o ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso:

> A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; **a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição** e a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, Retrospectiva 2008: Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática).

No caso concreto, houve o Ativismo Judicial na forma da segunda hipótese citada pelo ministro Barroso. Foi declarada inconstitucional não apenas a Lei n° 15.299/13 do estado do Ceará, mas também a prática da Vaquejada, que não estava em pauta nos autos do processo e tanto a Lei Federal n° 13.364/16, quanto a emenda constitucional nº 96

abrem precedente para os organizadores colocarem a prática da Vaquejada em vigor, já que a emenda constitucional utiliza claramente o termo "manifestações culturais".

Como a decisão tomada pelo STF em relação à prática da Vaquejada é *erga omnes* e apesar de se referir apenas ao estado do Ceará a decisão é uma referência para todo o país, sujeitando os organizadores a punição por crime ambiental, causando transtornos não só aos organizadores dos eventos de vaquejada, mas também aos competidores, comerciantes que trabalham nos eventos e expectadores de uma manifestação cultural tão presente em nosso país.

Posto isso, veremos no que implicou o ativismo judicial do STF na consecução dos direitos fundamentais acerca de dois princípios constitucionais que, para alguns doutrinadores, se contrapõem: o da Proibição dos Maus Tratos aos Animais e o da Preservação das Manifestações Culturais, isso na prática da Vaquejada.

Será observada a argumentação utilizada pelos ministros que julgaram o caso. Voto a voto, será mostrado se a justificativa para ser declarada inconstitucional a lei que regulamentava a vaquejada condiz com o que ocorre na prática do que a Associação Brasileira de Vaquejada diz ser a atividade desportiva alvo das críticas no STF. Além disso realizar um estudo acerca do Ativismo Judicial por parte do Supremo Tribunal Federal em relação a pautas que são de domínio dos poderes Legislativo e Executivo e quais foram as conseqüências disso para aqueles que praticam Vaquejada.

Além disso, será observado um novo tema: A produção e comercialização do *Foie Gras*, alvo de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal devido a uma Lei Municipal a qual tentava coibir o consumo.

CAPÍTULO 1 – A IMPORTÂNCIA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Antes de falarmos acerca do Ativismo Judicial, faremos um breve relato sobre como se dá a separação dos poderes. Observando a história, alguns pensadores já falavam há muito tempo sobre a corrente *Tripartite* (separação do governo em três poderes), e o filósofo Aristóteles foi o pioneiro nesta linha de pensamento, conforme sua obra *"A Política"*[3], a qual contempla a existência de três poderes, sendo eles separados, mas que cumpram funções do Estado.

Mais à frente Locke[4] em *"Segundo Tratado Sobre o Governo Civil"*, defende a supremacia do Poder Legislativo sobre os demais. Para John Locke, o Poder Executivo deve ser sobre a aplicação das leis, e o Poder Federativo, ainda que com legitimidade, não deveria em hipótese alguma se desvincular do Executivo, cabendo a ele questões internacionais do governo.

Já Montesquieu criou a tripartição dos poderes[5] no modelo mais aceito atualmente. No caso, para o filósofo, o Poder Legislativo é aquele o qual faz as leis para sempre ou para uma época determinada, assim como aperfeiçoam ou revogam as leis já existentes. Quanto ao Poder Executivo, dele se ocupa o príncipe ou magistrado da paz e da guerra, recebendo e enviando embaixadores, além de estabelecer a segurança e prevenir invasões. Já o Poder Judiciário é o que dá ao príncipe ou magistrado a competência para punir crimes ou julgar litígios na esfera cível. Montesquieu pensou em não deixar em um só poder a tarefa de legislar, administrar e julgar[6], posto que a concentração de poder nos leva ao totalitarismo.

O ministro Alexandre de Moraes em sua obra *"Direito Constitucional"* trouxe uma definição dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

O Legislativo como responsável pela criação e modificação do Ordenamento Jurídico, que deve ser respeitado não só pelos indivíduos, mas também pelos órgãos estatais, além de ser responsável por fiscalizar o executivo (através do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas Estaduais), na aprovação do orçamento anual.

> As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa

[3] ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
[4] LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Trad. Alex Marins, São Paulo. Martin Claret: 2003.
[5] MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.
[6] MONTESQUIEU. **Os Pensadores.** v. 1 e 2. São Paulo. Nova Cultural Ltda. 1997.

> forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70) (MORAES, 2007. p. 391).

O Poder Executivo é responsável pela administração da Coisa Pública em cumprimento ao estabelecido pelas leis através de atos administrativos.

> O Poder Executivo constitui órgão constitucional cuja função precípua é a prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração. A Chefia do Poder Executivo foi confiada pela Constituição Federal ao Presidente da República, a quem compete seu exercício, auxiliado pelos Ministros do Estado, compreendendo, ainda, o braço civil da administração (burocracia) e o militar (Forças Armadas), consagrado mais uma vez o presidencialismo, concentrando na figura de uma única pessoa a chefia dos negócios do Estado e do Governo (MORAES, 2007. p. 444).

Poder Judiciário: é o órgão responsável pela aplicação da Lei ao caso controvertido buscando a distribuição da justiça.

> Ao lado da função de legislar e administrar, o Estado exerce a função de julgar, ou seja, a função jurisprudencial, consistente na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade. Dessa forma, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses (MORAES, 2007. p. 478).

Os poderes então, são independentes e autônomos, vigente entre eles os princípios da não-intervenção, da indelegabilidade de funções e da inacumulabilidade de cargos e funções de poderes distintos. Assim, o membro de um poder não pode exercer via de regra, as funções em outro, descentralizando o poder, evitando o arbítrio e aumentando o controle.

- Exemplos de Ativismo Judicial que Prejudicam o Mundo Jurídico Atual:

Em 29/11/2016 a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal afastou a prisão preventiva de dois denunciados pelo Ministério Público do estado do Rio de Janeiro pela prática de aborto com consentimento da gestante e formação de quadrilha. Tal decisão faz referência ao HC n° 124306 e no caso concreto, foram presos médicos e funcionários de uma clínica de aborto em Duque de Caxias – RJ. Apesar de o julgamento se tratar se um HC isolado, o STF se excedeu ao fazer uma análise que não era necessária ao caso em si.

Ainda que a decisão referente ao HC não tenha eficácia *erga omnes*, o magistrado que for favorável à tese poderia citar tal entendimento. O papel do STF nesse caso era de julgar se seria viável um HC ou não, porém, a Primeira Turma fez muito mais que isso,

colocando em xeque o artigo 5º da Constituição Federal e o artigo 2° do Código Civil o qual diz expressamente que ***"a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"***. O ministro Barroso chegou a afirmar que *"a parte do Código Penal que trata sobre o crime de aborto deve ser considerada como não recepcionada pela Constituição Federal"*, indo no julgamento muito além do tema em pauta naquele momento, restando claro o ativismo judicial por parte do STF, não apenas nesse caso, causando incerteza no mundo jurídico[7].

O ministro Barroso defende há tempos que Ativismo Judicial é aconselhável em casos os quais o legislador não se manifestou a respeito e era de se esperar uma opinião semelhante no voto relacionado ao HC. Porém, o legislador há tem um posicionamento acolhido pela CF e não há de se falar na falta de norma jurídica pertinente ao caso. Ademais, o voto do ministro Barroso causou grande comoção social[8] e vários veículos de comunicação passaram a afirmar que aborto até o terceiro mês de gestação não seria crime[9]. Juristas também afirmam que o STF se excedeu em afirmar que o aborto até o terceiro mês de gestação não seria crime[10], entrando o ministro Barroso numa esfera que não foi questionada no processo, a discussão se torna estritamente ideológica. Trata-se aqui de pura decisão manipulativa no STF:

> O crescente emprego de decisões manipulativas pelo STF tende a transformá-las em decisões típicas. Essa profusão de decisões manipulativas oriundas do STF patenteia uma tendência irreversível da Corte de gradativo abandono do paradigma kelseniano do legislador meramente negativo e à assunção do papel de legislador positivo, eventualmente modificando informalmente a própria Constituição, passando, dessarte, de intérprete e guardião para 'construtor' da Constituição" (FERNANDES, 2018, p. 16).

Em audiência pública na CCJ, o desembargador do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Ruy Celso Florence, definiu o conceito de "ativismo judicial": "Quando

---

[7]Consultor Jurídico: Interromper gestação até 3º mês não é crime, decide 1ª Turma do STF em HC. https://www.conjur.com.br/2016-nov-29/interromper-gestacao-mes-nao-aborto-turma-stf

[8] Revista Época: STF decide que o aborto até o terceiro mês não é crime: o que isso significa? https://epoca.globo.com/saude/cristiane-segatto/noticia/2016/11/stf-decide-que-o-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-o-que-isso-significa.html

[9] Agência Brasil: Turma do STF decide que aborto nos três primeiros meses de gravidez não é crime. https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/turma-do-stf-decide-que-aborto-nos-tres-primeiros-meses-de-gravidez-nao-e.

[10] Gazeta do Povo. "STF se excedeu ao dizer que aborto até o terceiro mês não é crime, apontam juristas"https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/stf-se-excedeu-ao-dizer-que-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-apontam-juristas-b5eqxl526ktr1nfunkln8cb17/?ref=link-interno-materia Copyright © 2020, Gazeta do Povo. Todos os direitos reservados.

o Judiciário extrapola e vai além do que está na Constituição e na lei, podemos dizer que está usurpando as funções do Parlamento, a quem é dado construir as leis, e criando o Direito de forma direta, o que é totalmente proibido".

O Desembargador criticou a criminalização da homofobia pelo STF. No dia 13 de junho, o Supremo definiu que há omissão inconstitucional do Congresso ao não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia[11], votando pelo enquadramento desses crimes como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/89) até que os parlamentares editem lei sobre a matéria. Há ativismo aqui porque não há crime sem lei anterior que o defina. Segundo Florence *"Temos tipo penal de homofobia por analogia. Isso é muito grave. Não podemos dar chance para que o Judiciário crie tipos penais",* avaliou o desembargador.

O que se espera no segundo caso é uma resposta do legislador ao ativismo do STF. No primeiro caso a resposta já existe, tanto no Código Penal quanto na Constituição da República. No segundo caso o legislador precisa agir rápido para que não se torne costumeiro por parte do Supremo agir de tal forma.

Cabe ressaltar uma nota final citada pelo Ministro Barroso:

> Uma nota final: o ativismo, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. **Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do poder legislativo** (MIARELLI; LIMA, 2012, p. 63)

[11] Ativismo judicial" do STF é criticado em audiência pública na CCJ. https://www.camara.leg.br/noticias/576770-ativismo-judicial-do-stf-e-criticado-em-audiencia-publica-na-ccj/

CAPÍTULO II: A ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4983:

O objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983 é a Lei Estadual nº 15.299/13, que regulamentava a prática da Vaquejada no estado do Ceará. O pedido de inconstitucionalidade se deu porque no entendimento da Procuradoria Geral da República há o conflito de dois paradigmas constitucionais: o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito do povo brasileiro a se manifestar culturalmente. A PGR à época ressaltou no pedido de inconstitucionalidade da referida lei que *"diferentemente do que acontecia no passado, bovinos são hoje enclausurados, açoitados e instigados"*. Ou seja, observa-se já no pedido da PGR que o objeto da lide não seria a lei nº 15.299/13 do estado do Ceará, mas sim a própria prática da Vaquejada, tendo em vista que a norma visava a regulamentação da prática, conforme veremos a seguir:

> Art. 1º. Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.
> Art. 2º. Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo.
> § 1º Os competidores são julgados na competição pela destreza e perícia, denominados vaqueiros ou peões de vaquejada, no dominar animal.
> § 2º A competição dever ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral.
> § 3º A pista onde ocorre a competição deve, obrigatoriamente, permanecer isolada por alambrado, não farpado, contendo placas de aviso e sinalização informando os locais apropriados para acomodação do público.
> Art. 3º. A vaquejada poderá ser organizada nas modalidades amadora e profissional, mediante inscrição dos vaqueiros em torneio patrocinado por entidade pública ou privada.
> Art. 4º. Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais.
> § 1º O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo.
> § 2º Na vaquejada profissional, fica obrigatória a presença de uma equipe de paramédicos de plantão no local durante a realização das provas.
> § 3º O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.
> Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
> Art. 6º. Revogam-se as disposições em contrário.

A análise realizada neste capítulo será a argumentação utilizada pelos magistrados em seus respectivos votos, favoráveis ou não à inconstitucionalidade da Lei

Estadual nº 15.299/13 no Ceará. Além disso, será verificado se a argumentação dos ministros condizem com o que é a Vaquejada na prática e porque o objeto da lide deixou de ser determinada lei que seria para regulamentar uma prática já legal em nosso país. Tendo como relator o ministro Marco Aurélio, que ataca ferozmente a Vaquejada, a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal o acompanharam em seu voto, como veremos a seguir.

Votos Favoráveis à Inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/13:

- **Ministro Marco Aurélio:**

O primeiro ponto a ser destacado no voto do ministro Marco Aurélio é sua negativa ao pedido formulado pelo estado do Ceará à inépcia da inicial do referido processo de inconstitucionalidade. O pedido fazia referência à Lei nº 10.220, de 2001, a qual afirma que Vaquejada seria classificada como Rodeio. Ao observar as duas atividades desportivas em si percebemos as semelhanças[12] entre elas, porém, não cabe aqui definir por completo como é cada uma dessas atividades. O próprio ministro afirma que não houve impugnação à lei nº 10.220/01 à época de sua promulgação e diz que *"O crivo atinente à inconstitucionalidade há de ser feito em abstrato, e não em concreto (...)"*, e ainda afirma veementemente que a norma de 2001 não prejudicaria em nada o pedido da ADIN nº 4983 porque não seria suficiente para autorizada a prática se fosse de fato declarada inconstitucional a lei do estado do Ceará nº 15.299/13.

Percebe-se que, para o relator, não estava em questão no pleito se era ou não constitucional a lei que do Ceará que impunha regras mais rígidas àquelas existentes anteriormente aos competidores, juízes na modalidade e pessoas que de alguma forma estariam envolvidas com a prática, estava em questão se poderia ou não haver a atividade desportiva denominada ***Vaquejada*.**

Entrando mais a fundo na argumentação do ministro Marco Aurélio, analisemos o todo quando ele afirma que *"O dever geral de favorecer o meio ambiente é indisputável"*. Porém, ainda que a afirmação do Ministro Marco Aurélio esteja corretíssima, nós devemos tentar solucionar a problemática envolvendo a Vaquejada. A

[12] O rodeio e a vaquejada anunciavam a separação e a entrega das reses aos seus respectivos donos. Daí o termo "apartação" ou "aparte", reunião dos animais para contagem, tratamento de feridas e doenças, marcação, beneficiamento e transferência para outras partes (Felix, Francisco Kennedy Leite; Alencar, Francisco Amaro Gomes, 2011: *O vaqueiro e a vaquejada: do trabalho nas fazendas de gado ao esporte nas cidades*).

deficiência socioeconômica que proibição de um bem cultural tão robusto não estava sendo pontuado para o ministro. Não foi observado quantas vidas humanas dependem da atividade desportiva que ele deseja com tanta intensidade coibir. Sendo um guardião da Constituição da República, o Exmo. Ministro há de convir que a problemática envolvendo a prática da Vaquejada demonstra muito mais o nosso dever para com o meio ambiente. Deveríamos nos comover com a situação de todas as pessoas que dependem da prática financeiramente, além do nosso cuidado para não enterrar a história presente não apenas no nordeste brasileiro, mas também em diversas localidades do nosso país, principalmente nos estados do nordeste brasileiro, além do Distrito Federal, que também é famoso por promover a Vaquejada.

Quanto às decisões de referentes ao trato para com os animais no STF, o ministro Marco Aurélio usou o caso da *"Farra do Boi"*[13]. Em seu voto na época, o ministro afirmou que a *Farra do Boi* não se tratava de manifestação cultural, mas sim de uma crueldade ímpar, onde pessoas buscam a todo custo o próprio sacrifício do animal, ensejando a aplicação do inciso VII do artigo 225 da Constituição da República. Além da *Farra do Boi*, o ministro também usou o exemplo da "*Rinha de Galo"*[14], a qual foi declarada inconstitucional em 2005. Esses precedentes, na visão do ministro, mostram o posicionamento do STF no que tange ao conflito de normas de direito fundamental e mostra que, mesmo havendo manifestação cultural, o Tribunal tende a colocar questões relacionadas ao meio ambiente a frente de questões culturais.

Mais a frente, o ministro Marco Aurélio definiu a prática da Vaquejada erroneamente ao afirmar que o boi seria açoitado para que então saísse em disparada na pista. A Associação Brasileira de Vaquejada – ABVAQ, admitida pelo ministro Marco Aurélio como terceira no processo de inconstitucionalidade da Lei nº 15.29/13, institui regras para que a atividade desportiva seja realizada e entre elas está o bom tratamento do bovino. O Manual do Bem-Estar Animal instituído pela ABVAQ instrui a proteção ao bovino já no seu artigo 1º:

> Artigo 1º - Constituem objetivos básicos para salvaguardar o bem-estar dos animais nos eventos:
> I – assegurar a ausência de fome e sede, com alimentação à disposição, de qualidade e suficiente para o número de animais utilizados;
> II – assegurar a ausência de desconforto, através de local apropriado e área de descanso confortável, fazendo com que as instalações não sejam excessivamente quentes ou frias;

[13] Elemento da cultura popular do estado brasileiro de Santa Catarina que teria sido trazida ao Brasil por açorianos há 200 anos.
[14] Termo que designa, no Brasil, a luta de galos. Atividade ilícita que envolve apostas.

> III – assegurar a liberdade comportamental, através de espaço suficiente e instalações apropriadas, gerando a possibilidade dos animais expressarem padrões de comportamentos e instintos inerentes a espécie;
> IV - assegurar e promover a participação, educação sanitária, o acesso à informação e a conscientização da coletividade nas atividades envolvendo animais e que possam redundar em comprometimento da saúde pública e do meio ambiente.

O ministro relator em momento algum comentou acerca do protetor de cauda[15] utilizado pelo boi quando este está em uma Vaquejada. Além do que foi mostrado, A ABVAQ não admite tratamento cruel ao bovino como admitiu o nobre ministro. Se houver tratamento cruel nas provas de vaquejada, estas com certeza estão fora da égide da ABVAQ e a falta do Estado na fiscalização dos eventos contribui para possíveis maus-tratos animais. Porém, a omissão do Estado não justifica em hipótese alguma a inconstitucionalidade da Vaquejada.

[15] Artefato preso à cauda do boi na prova de vaquejada com o intuito de diminuir possíveis danos ao animal.

Não foi citado pelo ministro também nenhuma das regras impostas pela ABVAQ para que seja realizada a atividade desportiva. Deu-se as costas para uma série de regras e suposições foram colocadas à frente do que ocorre no caso concreto. Nesse momento vê-se o judiciário coibindo prática importante para a cultura do país sem levar em conta argumentos que poderiam contribuir para uma decisão contrária àquela tomada. Além disso, o ministro declarou que não há, em hipótese alguma, possibilidade de que a Vaquejada seja realizada sem ameaça à saúde dos animais envolvidos na prática.

Ignorou-se novamente as regras e aprimoramentos que a ABVAQ institui todos os anos para que a prática da Vaquejada esteja dentro da legalidade e de comum acordo com o meio ambiente e a problemática vai além: afirma-se que em todos os casos a proteção do meio ambiente deve se sobressair e não houve nenhum argumento a favor da prática da Vaquejada vindo do ministro relator, nem mesmo a questão monetária que envolve a discussão.

- **Ministro Roberto Barroso:**

O ministro Barroso começa seu voto dizendo que *"se há uma manifestação*

cultural ***legítima*** *que causa dramática crueldade ao animal, eu não teria dúvida de me manifestar contra"*. Afirmando ser manifestação cultural legítima, o ministro Barroso pede então vista do processo de inconstitucionalidade por afirmar não estar em condições, naquele momento, de arbitrar entre dois princípios constitucionais: O do *Bem Estar Animal* e o da *Manifestação Cultural*.

Em seu voto vista, o ministro Barroso é coerente ao citar a alta quantia em dinheiro como prêmio aos competidores, além das atrações musicais nesses eventos. Cabe ressaltar que entre 2015 e 2015 a Vaquejada movimentou R$ 600 milhões[16]. Outra justificativa por parte do ministro Barroso para a proibição da Vaquejada foi a de que a Lei Municipal nº 4.446, de 2010, proíbe a realização da atividade em Barretos - SP. Não há de se comparar a movimentação econômica e cultural que ocorre em Barretos com o que ocorre nas localidades onde é predominante a Vaquejada. A proibição em Barretos foi aceita na época porque a cidade não depende economicamente da Vaquejada e a predominância cultural na cidade é a do Rodeio em Touros, famoso mundialmente.

Ao demonstrar a diferença entre a corrente do *bem-estar animal* e a do *direitos dos animais*, o ministro Barroso utilizou o termo *senciência*[17] como principal argumento da corrente que preza pelo *bem-estar animal*. Essa corrente de pensamento defende que haja normas legislativas voltadas ao bem-estar animal no uso humano deles em laboratórios e na indústria alimentícia. Contrário à isso, a corrente dos *direitos dos animais* sustenta que a utilização de animais pelo homem em laboratórios, fazendas ou entretenimento deve ser abolida totalmente[18]. Mais a frente em seu voto podemos perceber que o ministro Barroso preza pela corrente dos *direitos dos animais* ao admitir que comporta revisão o artigo 82, *caput*, do Código Civil Brasileiro, o qual diz que os *"animais são bens suscetíveis de movimento próprio"*.

Voltando à argumentação para apoiar a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 15.299/13, o ministro Barroso trouxe jurisprudência do STF para mostrar que o tribunal ao mesmo tempo que reconhece o direito do povo a se manifestar culturalmente, declara inconstitucional práticas que estavam sob a égide de leis federais ou estaduais. Assim como o relator, o ministro Barroso citou a *farra do boi* e a *"rinha de galo"* como exemplos de decisões acerca do bem-estar animal se sobressair ao princípio da

[16] Associação Alagoana dos Criadores do Quarto de Milha: Mercado da Vaquejada em Alagoas (Setembro de 2015).
[17] Capacidade de receber e reagir a um estímulo de forma consciente, experimentando-o a partir de dentro. SINGER, Peter. *Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
[18] *Jaulas Vazias*. REGAN, Tom, 2004. *Introdução aos Direitos dos Animais*, FRANCIONE, Gary, 2000.

Manifestação Cultura.

Porém, foi louvável a coerência do ministro ao avaliar que a Vaquejada conferiria maior desafio à Corte brasileira do que havia sido declarado inconstitucional anteriormente, e que os animais envolvidos na referida atividade desportiva aparentam estar em bom estado durante as provas. Além disso, o ministro afirmou em seu voto que crueldade animal, sob os termos do art. 225, § 1º, VII da Constituição, se dá ao *"infligir, de forma deliberada, sofrimento físico ou mental do animal"*, conforme trecho de seu voto-vista:

> "Mas a vaquejada, comparada à "farra do boi" e as "brigas de galo", impõe um desafio maior à Corte. Em nenhum daqueles casos havia dúvida de que os animais envolvidos estavam sendo submetidos a crueldade. Ela era tão inequívoca que a Corte não precisou explicar seu significado. A crueldade saltava aos olhos! Já na prática da Vaquejada, em que o sofrimento dos animais não é tão evidente, uma vez que os animais aparentam estar em bom estado antes, durante e logo após as provas, muitos são levados a crer que ela não envolve crueldade alguma." (Barroso, ADIN nº 4983).

Percebe-se que, mesmo contrário à prática da Vaquejada, o ministro Barroso afirma que o caso é de uma complexidade maior àqueles que a maioria dos outros ministros que julgaram o caso se utilizaram.

Quanto a análise da Vaquejada, o ministro afirma que *"há relatos de luvas com pequenos pregos para não deixar escapar a cauda do animal quando apanhada."*. A ABVAQ em seu regulamento afirma que *"As luvas deverão ser padrão ABVAQ, sem quinas nem inclinação até a altura de 5cm, nem material cortantes, ou quaisquer artifícios que venham a danificar o protetor de cauda ou a integridade física do animal."*, conforme o artigo 31 do Regulamento de Vaquejada que instrui os competidores:

> Art. 31 – O competidor deve apresentar sua luva (padrão ABVAQ), antes de correr, para que seja aprovada e identificada por uma equipe especialmente designada pelo promotor do evento e deve ter o pitoco (ou toco), sem quina, nem inclinação até a altura de 5cm, não sendo permitido o uso de luvas de prego, ralo, parafusos, objetos cortantes ou qualquer equipamento que venha a danificar o protetor de caudas ou a integridade física do bovino.
> Parágrafo Primeiro: O promotor da vaquejada deve colocar, na entrada da pista de competição um aviso por escrito contendo a seguinte informação: "quem se apresentar com luva fora do padrão ABVAQ será desclassificado da prova."
> Parágrafo Segundo: Mesmo a luva previamente vistoriada e aprovada pelo fiscal, pode ser rejeitada pelos juízes de prova caso este verifique que o equipamento está causando danos aos animais, ocasião em que o competidor terá que substituí-la imediatamente, sob pena de "0".

O ministro Barroso afirma que não é possível dizer que todos os animais bovinos sofram danos provocados por luvas inadequadas, mas que existe sim relatos desse tipo de

crueldade animal. Conclui-se que o Estado é omisso no que se refere ao cumprimento das regras para a realização das provas de Vaquejada.

Barroso se utilizou também da afirmação de que há potencial na Vaquejada para provocar sofrimento aos equinos usados pelos vaqueiros. Não houve comparativo algum com atividades desportivas realizadas para pessoas de maior poder econômico, como o *Polo*[19] ou a *Corrida de Cavalos*[20], em que o preço médio de um potro inédito (com até dois anos), o mais comercializado, é de R$ 32 mil.

Embora a Lei 7291/84 trate das atividades equestres em geral, ela destaca a atividade turfística, tratando da mesma em oito capítulos por motivos óbvios: grandes lucros tributados. Há também o Código Nacional de Corridas com duzentos e dois artigos, com um apêndice e quatro anexos, aprovado através da Instrução Normativa IN SDC nº 1/12. Em 2010, os cavalos da raça Puro Sangue Inglês (PSI), os charmosos e caríssimos cavalos de corrida, movimentaram, em apostas, R$ 204,2 milhões no Jockey Club Brasileiro, no Rio de Janeiro.

No Jockey Club de São Paulo, segunda principal praça do turfe no país, a movimentação chegou a R$ 100 milhões. Em 2011, em são Paulo, o movimento das apostas cresceu 12%, em relação ao mesmo período do ano anterior, somando, nos primeiros nove meses do ano, R$ 84,8 milhões em apostas. Não há obrigatoriedade em realizar quaisquer comparações entre a Vaquejada e outros esportes equestres, é visível a imparcialidade por aqueles contrário à prática.

Mais à frente, o ministro Barroso, mais uma vez muito coerente em sua linha de pensamento, não desconsiderou o uso do que ele chamou de *"rabos artificiais"*, mas afirma que o artefato não evita que o boi sofra:

> Não desconsidero que há hoje os chamados "rabos artificiais". Mas esse artefato, por si só, não é capaz de evitar que o animal sofra, já que ele é preso à própria cauda, que continua a sofrer estiramentos, tensões e lesões, causando dores incalculáveis aos animais. (Barroso, ADIN nº 4983).

Ao finalizar seu voto - vista afirma, novamente, que não há possibilidade de regulamentação da Vaquejada. Na opinião do ministro, ainda que haja impacto de seu voto sobre as pessoas e entidades dedicadas a vaquejada, o interesse animal é

[19] Atividade desportiva praticada sobre cavalos, e seu objetivo consiste na marcação de pontos, que é feita ao golpear a bola.
[20] Conhecida como Turfe, é organizado semanalmente, com calendário oficial, onde elegem vários páreos (corridas), em que competem somente puros sangues, em hipódromos, que são administrados pelos Jockeys Clubs. No Brasil é regulamentado por Lei Federal. MENDES, Luiz Henrique. Mercado de cavalos de raça cresce no Brasil. (Disponível em: http://www.canaldo Produtor-mercadodecavalosderaçacrescenoBrasil.mht)

incontestável e está acima de tudo o que a Vaquejada representa como bem cultural e sua rentabilidade.

- **Ministra Rosa Weber:**

Além do ministro relator Marco Aurélio e do ministro Barroso, a ministra Rosa Weber se utilizou também dos precedentes da *farra do boi* e da *rinha de galo* como justificativas para ser declarada inconstitucional a Lei nº 15.299/13 do estado do Ceará, comparando o que foi citado à Vaquejada ao dizer que a atividade desportiva é *"flagrantemente violenta"*. Isso ficou claro em sua antecipação de voto, quando a ministra afirma que há clareza de que o Estado garante a manifestação cultural, sem tolerar a crueldade animal e logo após citou a *farra do boi* como exemplo.

Acompanhando o ministro Barroso, outra justificativa para a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/13 foi a de que crueldade animal é ínsita à Vaquejada e que como manifestação cultural, não encontraria respaldo no artigo 215 da Constituição Federal. Mais uma vez, o posicionamento do STF quanto à Vaquejada é de que ela não deveria existir como bem cultural, contrariando Lei federal que protege a atividade desportiva e deixando de lado o fato de uma lei estadual estar sendo alvo da inconstitucionalidade, e não a própria atividade denominada **Vaquejada.**

De acordo com a ministra, a Vaquejada não se sustenta sobre os avanços da humanidade, e portanto não merece ser legitimada lei que regulamenta a prática desportiva. Só na cidade de principalmente na região nordeste. Como foi demonstrado no presente trabalho, famílias inteiras dependem da atividade e foi reconhecida a importância cultural para nossa história no próprio acórdão. Pior que afirmar que a Vaquejada não se sustenta sobre os avanços da humanidade, é dizer que *"rechaçar a vaquejada não implica suprimir a cultura da região que possui tantas formas de expressão importantes e legítimas identificadas na música, na culinária*." .

- **Ministro Celso de Melo:**

O ponto principal da argumentação do ministro Celso de Melo para a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/13 foi a de que é papel da nossa constituição garantir a efetividade e proteger a integridade do direito ao meio ambiente, além de neutralizar o surgimento de conflitos intergeneracionais, ficando encarregado ao poder público a obrigação de proteger a fauna e impedir práticas as quais colocaria em risco sua

função ecológica ou que submetam animais a atos de crueldade.

Também foi usado aqui os precedentes da *farra do boi* e da *rinha de galo* como justificativa para a inconstitucionalidade da lei mencionada acima. O ministro Celso de Melo entende que a Lei nº 15.299/13 estaria em conflito com o que diz o art. 225, § 1º, VII, da CF, restando claro mais uma vez que parte do STF não viu como inconstitucional o objeto da ação, mas sim a própria Vaquejada.

Mais à frente, o ministro diz que Vaquejada não deveria sequer ser chamada de *atividade desportiva*[21] ou *expressão folclórica*[22] porque, segundo ele, *"é uma tentativa patética de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna, impedir a prática criminosa de atos de crueldade contra animais."*. Vê-se que o nobre ministro não apenas condena a Vaquejada por ir, de acordo com seu posicionamento, contra o bem jurídico tutelado de *bem-estar animal*, mas sobretudo condena as pessoas que praticam a atividade desportiva as chamando de **criminosas!**

Como tratar como criminoso o indivíduo que pratica uma atividade que muito provavelmente seus antepassados nascidos bem antes de seus tataravós praticavam? Como o ministro Barroso falou brilhantemente em seu voto - vista, a origem das vaquejadas remonta às práticas nordestinas dos séculos XVII e XVIII e está enraizada na cultura popular brasileira. Não há possibilidade alguma de não tratarmos a Vaquejada como manifestação cultural tradicional, bem como afirma o ministro Barroso apesar de sua negativa à prática.

Resta claro o desconhecimento para com a cultura brasileira e até uma falta de interesse que parte do ministro Celso de Melo em solucionar a problemática envolvendo a Vaquejada. Ainda que não seja considerada atividade desportiva, ela é sim uma expressão folclórica não apenas no nordeste brasileiro, como em muitas outras regiões do nosso país.

- **Ministro Ricardo Lewandowski:**

Ao acompanhar o relator, o ministro Ricardo Lewandowski fez uma interpretação biocêntrica do artigo 225 da Constituição da República, se contrapondo àqueles que possuem visão antropocêntrica, sendo aqueles os quais acreditam que o animal é *"coisa"*, segundo o ministro, desprovido de quaisquer direitos ou sentimentos.

[21] Atividade física que, através de participação ocasional ou organizada, visa equilibrar a saúde ou melhorar a aptidão física e/ou mental e proporcionar entretenimento aos participantes.
[22] Parte da tradição de um determinado local, uma manifestação popular constituída por lendas, mitos, provérbios, danças e costumes que são passados de geração em geração.

Ao lermos o voto do ministro, temos a certeza de ele tem uma visão biocêntrica do mundo que vivemos, afirmando que é necessário respeitar todos como seres vivos e que o critério para lidar com o meio ambiente deve ser *"in dubio pro natura"*[23], homenageando-se os princípios da precaução e do cuidado.

Vale lembrar que em seu esclarecimento, anterior ao voto - vista do ministro Barroso, Ricardo Lewandowski lembra de julgamentos que participou anteriores ao da inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/13. Segundo o ministro, talvez o STF poderia *"chegar a um meio termo, ao invés de se proibir inteiramente ou permitir sem restrições esse tipo de prática, quiçá, chegar a um ponto em que se vede o sofrimento dos animais e se permita a continuidade desse esporte."*. Diferentemente do ministro Celso de Melo, Ricardo Lewandowski reconhece a Vaquejada como esporte e mostra que, mesmo sendo favorável à inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/13, age com cautela ao tratar da matéria.

- **Ministra Cármen Lúcia:**

A ministra Cármen Lúcia foi muito correta ao reconhecer que haverá sempre defensores da Vaquejada e que a atividade está encravada na cultura do povo brasileiro (diferentemente do ministro Celso de Melo). Mesmo favorável à inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/13, a ministra demonstrou o tato necessário ao tratar do tema tão controverso, o qual ainda hoje inspira discussões acaloradas entre quem é contra ou a favor da Vaquejada.

A razão pela qual a ministra foi favorável à inconstitucionalidade da lei que regulamentava a Vaquejada no estado do Ceará foi que, em sua opinião, a legislação não deu exatamente um cuidado ao treinamento dos animais e um tratamento mais cuidadoso para com eles, a fim de que não se chegasse ao que a ministra denomina de *"situação de agressão"*.

Ao final de seu voto, a ministra Carmén Lúcia afirma que *"(...) cultura se muda, e muitas culturas foram levadas nesta condição até que houvesse outro modo de ver a vida."*, e mostra novamente o zelo que tivera ao tratar do tema em questão.

Votos Contrários à Inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/13:

[23] Princípio jurídico-ambiental que permeia toda aplicação das normas ambientais e revela uma mudança paradigmática em relação a importância dos seres vivos em relação a tutela jurídica ambiental.

- **Ministro Edson Fachin:**

No início de seu voto, o ministro Edson Fachin alega que o próprio Ministério Público na inicial do processo de inconstitucionalidade em questão, reconhece a Vaquejada como manifestação cultural e, na visão do ministro, tal reconhecimento anda em conjunto com o *caput* e no § 1º do artigo 215 da Constituição da República:

> Art. 215. **O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais** e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
>
> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

O que se diz *"processo civilizatório"* não compactua com apagar manifestações culturais na opinião do ministro, o qual o voto difere tanto dos votos do ministro relator e do ministro Barroso. Além do que foi falado, não houve junto com a inicial do processo nenhuma demonstração capaz de comparar a Vaquejada a *"farra do boi"* e a *"rinha de galo"*. Isso demonstra a aparente falta de cuidado de ministros os quais se utilizaram desses dois precedentes para justificar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/13.

Para o ministro Edson Fachin não há razão para se proibir a Vaquejada, tendo em vista que tal atividade constitui-se no modo de viver de parte da população sertaneja do nosso país. Além disso, deve-se deixar de lado da visão unilateral da sociedade urbana a qual estamos acostumados e olhar para a realidade do interior, e por isso a Lei nº 15.299/13 deveria ser constitucional na opinião do ministro Edson Fachin.

Além do que foi falado, o ministro acredita que a legislação vigente no momento do julgamento da ADIN nº 4983 carecia apenas de censura, aperfeiçoamento e medidas no sentido de reduzir possíveis lesões aos animais, mas que proibir a prática causaria um grave dano ao nosso sistema regional de cultura. A coerência de Edson Fachin se compara a de Ricardo Lewandowski em relação às suas argumentações e, ainda que suas opiniões acerca da inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/13 sejam diferentes, os dois ministros merecem ser reconhecidos positivamente.

- **Ministro Luiz Fux:**

No início de seu voto, o ministro Luiz Fux opina acerca do que ele diz ser uma *"colisão de princípios"*. Na opinião do nobre ministro, havendo divergência entre dois

princípios constitucionais, o judiciário deve fazer a ponderação entre os princípios ou o Poder Legislativo o faz. No caso de a ponderação ser legislativa, o Poder Judiciário deve ir no mesmo sentido do Poder Legislativo, tendo em vista que, no caso da Vaquejada, o legislador avaliou todas as condições inerentes à modalidade e foi verificado que seria possível a realização da atividade desportiva sob a égide da lei alvo da inconstitucionalidade.

De acordo com Paulo Sérgio Souza Andrade[24], Ativismo Judicial se divide em dois tipos: macro ou micro. Aqui falamos do Macro Ativismo, aquele que envolve direitos fundamentais, e pode-se dizer que essa dimensão do ativismo judicial demonstra a postura ideológica do órgão, aqui o Supremo Tribunal Federal, além disso, para a doutrina, o ativismo judicial material seria proveniente de uma postura ideológica do julgador, como é o caso do julgamento da ADIN nº 4983.

Posteriormente, faz-se uma análise sobre o abate do gado de corte[25] no Brasil. O ministro se utiliza de algumas etapas da chamada *"indústria da carne"* para mostrar que, na sua visão, há crueldade no abate de animais no Brasil e não numa atividade cultural; sobretudo porque tal atividade é revolta de ponderações legislativas. Além disso, o cruel abate de bovinos no país é amplamente contemplado pela Constituição Federal como um direito social, quando a nossa constituinte preza pelo direito a vida, sobretudo, a vida humana. Portando, não havendo ilegalidade na prática da Vaquejada, não haveria inconstitucionalidade na Lei nº 15.299/13, objeto da ADIN nº 4983.

- **Ministro Teori Zavascki:**

O ministro Teori Zavascki acompanhou a divergência no processo de inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/13 por ver que a referida lei era o objeto de estudo, e não a própria Vaquejada. Durante os votos, em discussão com os demais ministros que julgaram o caso, o ministro Teori Zavascki pontuou sobre o voto do ministro Barroso. Na visão do ministro Teori Zavascki, mesmo partindo do pressuposto de que a vaquejada é sempre cruel com os animais envolvidos, a inconstitucionalidade da Lei do Ceará nº 15.299/2013 que deveria ser o foco STF, e não a Vaquejada. A Vaquejada pode ser cruel ou não ao animal, na visão do ministro, e não deveria ser inconstitucional uma dentre

[24] ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo judicial no ritualismo processual. **Direito Público.** Brasília, v. 10, n. 57, p. 09-26, maio./jun. 2014.
[25] Conjunto de raças bovinas destinadas ao abate, para a produção de carne e de seus derivados, além de alguns sub-produtos.

tantas leis para regulamentá-la.

Além do que foi citado, devemos observar o princípio da **Legalidade**, no artigo 5º, inciso II da Constituição da República:

> 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:
>
> **II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.**

O paradoxo que gira em torno do princípio da **Legalidade** é o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, ao passo que limita a liberdade ao dizer que a lei pode limitar a liberdade. Para o ministro Teori Zavascki, manifestação cultural e esportiva deve ser livre, exceto que haja lei proibindo.

A argumentação principal da voto do ministro foi a de que a Lei nº 15.299/13 buscava evitar que a Vaquejada fosse praticada de forma cruel. A Vaquejada deve ter lei específica impondo regas rígidas quanto ao tratamento para com os animais envolvidos, e para o ministro Teori Zavascki deve-se distinguir a constitucionalidade da Vaquejada como prática cruel e constitucionalidade da Lei nº 15.299/13 e em razão disso, o ministro preza pela constitucionalidade da lei em questão.

- **Ministro Gilmar Mendes:**

Ainda em 2015 o ministro Gilmar Mendes foi um dos únicos que citou a festa de Barretos[26] e a *Corrida de Cavalos* em seu voto. Sua argumentação se baseia no fato de que se levarmos questões que envolvem animais a ferro e fogo teríamos que extinguir muitas outras modalidades desportivas envolvendo animais, se não, todas elas. Não se pode abrir um precedente desses num país que preza por esse bem cultural imaterial essencial ao povo brasileiro. A vontade de tornar a Vaquejada ilegal, ou até mesmo a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/13, abre caminho para que o *Rodeio em Touros*, a *Prova de Laço* e tantas outras modalidades desportivas sejam extintas de nossa cultura.

Seguindo no voto do ministro Gilmar Mendes, há uma crítica ao Ministério Público que contribui para que a Vaquejada ocorra na clandestinidade. Coibir prática que estava sendo regulamentada por lei estadual e federal é praticamente garantir sua clandestinidade. A tentativa da Lei 15.299/13 era justamente criar regras duras aos

[26] A Festa do Peão de Barretos é uma festa do peão de boiadeiro que acontece todos os anos na cidade de Barretos, no estado de São Paulo, Brasil. É mundialmente famosa.

competidores para que não se mal tratasse o animal, e além disso, a ABVAQ também regulamenta (ao menos tenta) a prática. O Ministério Público deveria prezar por garantir aprimoramento de forma condizente com os meios de proteção a fauna e flora brasileiras, sem ter que coibir aquilo que já faz parte de nossa história, no caso, a Vaquejada. Estando a Vaquejada na ilegalidade, seria retirado o direito ao lazer de milhares de pessoas que dedicam sua vida à essa cultura e o impacto para o nosso país seria incalculável.

Outro argumento usado pelo ministro Gilmar Mendes para expressar seu descontentamento quanto à inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/13 foi de que não deve ser comparada a Vaquejada aos exemplos dados pela maioria dos ministros que votaram na ADIN nº 4983, sendo a *rinha de galo* e a *farra do boi*. Para o ministro o propósito da Vaquejada não é matar nenhum animal, como acontecia na *farra do boi*. O objetivo da Vaquejada é ser uma atividade desportiva em sentido amplo, não devendo ser comparada àquelas atividades que visavam unicamente o sofrimento animal.

Já em 2016, o ministro Gilmar Mendes julgou ser interessante acrescentar questões do conflito entre dois princípios Constitucionais: o do *Bem – estar Animal* e o da *Manifestação Cultural*. O ministro concorda com o posicionamento de António Manuel Hespanha e diz que *"A ponderação dos argumentos há de ser feita não com uma decisão autoritária sobre o sentido..."*, e podem coexistir numa mesma nação ordens jurídicas de comunidades com raízes culturais diferentes. No caso concreto, se há conflito entre os que querem a total proibição da Vaquejada e os que a defendem, não se deve aplicar a regra do "tudo ou nada".

Novamente, Gilmar Mendes compara a Vaquejada aos precedentes usados por outros ministros como argumentação para declarar inconstitucional a Vaquejada (e não a Lei 15.299/13 alvo da ADIN nº 4983). Para o ministro, na Vaquejada não há intuito premeditado de machucar o animal, matar ou mutilar o animal envolvido e *"A prática em si não configura nenhum tipo de dano físico aos semoventes envolvidos."*.

A diferença principal entre a *rinha de galo*, a *farra do boi* e a Vaquejada é que nesses dois primeiros há, para o ministro Gilmar Mendes, uma crueldade ínsita à própria manifestação e os "atores" agem com consentimento ao sofrimento e morte dos animais nessas práticas que já foram proibidas. Se não há como comparar a *rinha de galo* ou a *farra do boi* com a Vaquejada, então não há motivo de tais precedentes serem usados como exemplo neste caso.

Seguindo no voto do ministro Gilmar Mendes, ele foi um dos poucos que se utilizou da lógica ao citar que a ABVAQ instrui normativamente as provas de Vaquejada

pelo país. Porém, se o Estado não utiliza seu poder de polícia pra fiscalizar as provas de Vaquejada para que elas ocorram dentro da legalidade, então o Estado não tem o direito de suprimir tal atividade que ele próprio não fiscaliza.

Adiante, o ministro cita a importância econômica da Vaquejada para o país. Só no estado de Alagoas, segundo a Associação Alagoana de Criadores de Cavalo Quarto de Milha (ALQM), a Vaquejada movimenta anualmente em média mais de R$ 62 milhões e emprega em torno de 11 mil pessoas, sendo 4.800 de forma direta. Se há opiniões divergentes acerca da Vaquejada então devemos prestar atenção ao menos em sua movimentação econômica e, talvez, chegarmos a um meio termo quanto a sua legalidade.

Demonstrando estar à frente de seu tempo, ainda em 2016, o ministro Gilmar Mendes em referência ao direito comparado usou o exemplo do sacrifício de animais em culto religioso. A corte Autríaca ainda em 1998 reconheceu não haver obrigatoriedade em anestesiar animais durante a *sangria* por não atender aos direitos religiosos daqueles que a praticam, como por exemplo judeus ortodoxos e mulçumanos. Isso nos relembra a recente decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar constitucional o direito ao sacrifício de animais em religiões de matriz africana.

Finalizando seu voto, Gilmar Mendes julga que é nosso o dever geral de proteger a fauna e a flora brasileira e que tais deveres devem estar implícitos na Constituição Federal, com o intuito de não ser colocada em risco a função ecológica de nosso ecossistema. Mas, não deveria ser o papel do Estado coibir a atividade em questão e sim determinar a observância no trato aos animais e deixar claro o bem jurídico tutelado denominado *Manifestação Cultural*. Além disso, coibir a prática da Vaquejada tiraria, na visão do ministro, o sustento de milhares de famílias, incluindo a do vaqueiro profissional, que é reconhecido pela Lei Federal n° 12.870/13. E por fim, impedir a Vaquejada de acontecer seria aniquilar parcela importante da cultura nordestina e desrespeitar gravemente o disposto no artigo 215 da nossa Constituição.

- **Ministro Dias Toffoli:**

Em seu voto – vista o ministro Dias Toffoli salienta principalmente a importância cultural da Vaquejada para o povo nordestino. Para ele, a tradição deve ser preservada devido à sua importância cultural e socioeconômica, devendo estar dentro dos parâmetros legais. Além disso, o ministro vai contra o posicionamento do ministro Barroso no que diz respeito ao tratamento para com os animais: segundo ele, a regra geral na humanidade

sempre foi a de preocupação com os animais.

Adiante, falou-se mais uma vez sobre os principais precedentes utilizados pelos ministros para ser considerada inconstitucional a Lei nº 15.299/13. Dias Toffoli afirma haver elementos de *distinguinshing* no processo de inconstitucionalidade em questão. Isso significa que, em lei, o tribunal deveria diferenciar os casos usados como justificativa para a negativa à Vaquejada por se tratar de casos materialmente diferentes, e portanto, não deveria ser aplicado o exemplo em sua totalidade. Isso se dá no fato de não haver na *farra do boi* técnicas que exige habilidade e treinamento específico, diferentemente dos Vaqueiros, que são profissionais habilitados, inclusive por determinação legal (Lei nº 12.870/13), e não podemos comparar a Vaquejada a uma atividade clandestina e subversiva. Em relação a *rinha de galo*, os animais eram postos para morrer e eram anteriormente à *"rinha"* submetidos a práticas cruéis.

Não há provas de que o intuito da Vaquejada é promover a crueldade animal ou que estes sejam vítimas de abusos ou maus – tratos. Além disso, a lei alvo do processo de inconstitucionalidade se destaca pela preocupação com o bem-estar animal, fato que impede sua colisão com o artigo 32 da Lei nº 9.605/98. Não se deve também, para o ministro, vislumbrar afronta ao artigo 225 § 1º, inciso VII e ao artigo 215, § 1º da Constituição da República por não se tratar de crueldade animal e ser a Vaquejada de fato uma manifestação cultural pertencente ao povo brasileiro.

CAPÍTULO III - AS CONSEQUÊNCIAS DA Nº AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4983 NO MUNDO JURÍDICO BRASILEIRO.

- Constitucionalidade da Lei Federal nº 13.364/2016

Eram inúmeras as incertezas que pairavam sobre a legalidade da prática da Vaquejada logo após o Supremo Tribunal Federal ter julgado inconstitucional a Lei nº 15.299/2003, entre elas a principal dúvida era acerca das provas que ocorreriam após a data do julgamento da ADIN n° 4983. A inconstitucionalidade foi declarada em outubro, mas já em novembro daquele mesmo ano, por iniciativa do então deputado federal Capitão Augusto, teve o projeto de lei nº 24/2016 votado nas duas casas legislativas, culminando na publicação da Lei Federal nº 13.364/16, que diz:

> Art. 1º Esta Lei reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais, eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal.
>
> Art. 2º O rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, são reconhecidos como manifestações culturais nacionais e elevados à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro, enquanto atividades intrinsecamente ligadas à vida, à identidade, à ação e à memória de grupos formadores da sociedade brasileira.
>
> Art. 3º São consideradas expressões artísticas e esportivas do rodeio, da vaquejada e do laço atividades como:
>
> I - montarias;
>
> II - provas de laço;
>
> III - apartação;
>
> IV - bulldog;
>
> V - provas de rédeas;
>
> VI - provas dos Três Tambores, Team Penning e Work Penning;
>
> VII - paleteadas; e **vaquejada**;
>
> VIII - outras provas típicas, tais como Queima do Alho e concurso do berrante, bem como apresentações folclóricas e de músicas de raiz.
>
> Art. 3º-A. Sem prejuízo do disposto no art. 3º desta Lei, são consideradas modalidades esportivas equestres tradicionais as seguintes atividades:
>
> I - adestramento, atrelagem, concurso completo de equitação, enduro, hipismo rural, salto e volteio;
>
> II - apartação, time de curral, trabalho de gado, trabalho de mangueira;

III - provas de laço;

IV - provas de velocidade: cinco tambores, maneabilidade e velocidade, seis balizas e três tambores;

V - argolinha, cavalgada, cavalhada e concurso de marcha;

VI - julgamento de morfologia;

VII - corrida;

VIII - campereada, doma de ouro e freio de ouro;

IX - paleteada e **vaquejada;**

X - provas de rodeio;

XI - rédeas;

XII - polo equestre;

XIII - paraequestre. Art. 3º-B. Serão aprovados regulamentos específicos para o rodeio, a vaquejada, o laço e as modalidades esportivas equestres por suas respectivas associações ou entidades legais reconhecidas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento

§ 1º Os regulamentos referidos no **caput** deste artigo devem estabelecer regras que assegurem a proteção ao bem-estar animal e prever sanções para os casos de descumprimento.

§ 2º Sem prejuízo das demais disposições que garantam o bem-estar animal, deve-se, em relação à vaquejada.

I - assegurar aos animais água, alimentação e local apropriado para descanso;

II - prevenir ferimentos e doenças por meio de instalações, ferramentas e utensílios adequados e da prestação de assistência médico-veterinária;

III - utilizar protetor de cauda nos bovinos;

IV - garantir quantidade suficiente de areia lavada na faixa onde ocorre a pontuação, respeitada a profundidade mínima de 40 cm (quarenta centímetros).

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Numa tentativa de impedir o poder judiciário de julgar inconstitucionais outras atividades desportivas semelhantes à Vaquejada, o então Presidente Michel Temer incluiu uma série de modalidades que são desconhecidas por determinadas partes do país, mas que são patrimônio cultural imaterial para a cultura brasileira. Além disso, percebe-se também o objetivo tais normas alcançarem o disposto no artigo 215, § 1º, e 216, incisos I e II da Constituição Federal.

A Lei Federal nº 13.364/16 tem origem no projeto de lei nº 1.767/2015 do então deputado Capitão Augusto (PR/SP) e fora apresentado no dia 1º de junho de 2015 a fim

de tratar como patrimônio cultural imaterial as modalidades desportivas previstas na Lei Federal nº 13.364/16. Com o advento desta lei, o mundo jurídico brasileiro entrou em discordância sobre o que seria "legal": a decisão do Supremo Tribunal Federal, referente a uma lei estadual que impunha regras à prática da Vaquejada ou uma Lei Federal que dispõe a Vaquejada como bem cultural imaterial, sendo previsto também na Constituição Federal.

Um exemplo disso foi a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em proibir pelo terceiro ano consecutivo um evento de vaquejada na cidade de Governador Valadares no ano de 2019. Trata-se de decisão do Desembargador Dárcio Lopardi, a pedido do Ministério Público, sendo estipulada à época o valor de R$ 10 mil em multa diária em caso de descumprimento. Lopardi afirma que *"não se pode admitir que animais sejam submetidos a maus-tratos e à crueldade apenas por diversão da população"*[27]. Tal decisão ocorreu após o vigor da Lei Federal nº 13.364/16, demonstrando mais uma vez o ativismo recorrente do judiciário brasileiro.

No caso concreto, a insegurança jurídica se deu pois caso a corte mantivesse seu entendimento proferido mediante a ADI nº 4.983, a Lei Federal nº 13.364/16 deveria ser considerada incompatível com a Constituição, visto que em qualquer ocorrendo ou não a vaquejada, há a violação de uma cláusula pétrea, sendo no direito à cultura ou ao meio ambiente.

Sob o ponto de vista formal, é totalmente legal determinado ato oriundo do Poder Legislativo a fim de dispor sobre a proteção de manifestação cultural, tendo em vista que na Constituição Federal, no artigo 216 e em seu parágrafo 1º diz que o poder público tem o dever de proteger os bens previstos em nossa Carta Magna, e, logicamente, a lei é um instrumento para ser utilizado na proteção daquilo que está em nossa Constituição já que em sede de tutela do patrimônio cultural incide o princípio da máxima amplitude dos instrumentos protetivos.

O legislador justifica com a imposição da Lei Federal nº 13.364/16 que o fato de considerar a Vaquejada prática como bem constitucional no que tange à manifestação cultural se dá pelo dever do Estado em fiscalizar a atividade desportiva, ao passo de que o mesmo tem a obrigação de promover condições adequadas para o exercício de direitos daqueles que fazem da Vaquejada prática constante.

[27] TJMG suspende vaquejada pelo terceiro ano: https://g1.globo.com/mg/vales-mg/noticia/2019/06/06/vaquejada-e-suspensa-pela-justica-pelo-terceiro-ano-consecutivo-em-governador-valadares.ghtml

Diante das críticas à atuação judicial brasileira, como por exemplo sua postura ativista pelo Poder Judiciário diante dos demais poderes, temos a consciência de que é necessário observarmos a relação entre os três poderes por uma nova ótica e superarmos a ideia de supremacia de um poder para o outro, neste caso, do Poder Judiciário se dá por não haver em nossa Constituição uma disposição de competência direcionada à ele.

A prática da vaquejada já era regulamentada no país, e conforme visto no capítulo anterior, a Lei Estadual nº 15.299/13 impunha não apenas regras para a prática da atividade desportiva, como também prezava pelo bem – estar animal, restando clara, portanto, a postura ativista do judiciário em tentar suprimir a todo custo a vaquejada. O Poder Judiciário insiste em "meter o bedelho" sempre que o assunto envolve grande comoção social e tal prática vem ocorrendo há tempos.

Foi o caso da inconstitucionalidade da proibição dos crimes hediondos, onde em 2006 o Supremo Tribunal Federal decidiu por seis votos a cinco o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 era inconstitucional. Tal artigo proibia a progressão do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos, sendo analisado pelo HC 82.959 e mesmo com o assunto tendo sido debatido nas duas Casas Legislativas, o STF se baseou em princípios constitucionais e atropelou o Poder Legislativo e impôs sua vontade, ainda que diante de procedimento legislativo legítimo[28].

Portanto, não há de se falar em inconstitucionalidade na Lei Federal nº 13.364/16. Todos os procedimentos para que a lei fosse publicada foram realizados e a força dela deve ser respeitada. Não se pode simplesmente ignorá-la por motivos pessoais ou por julgar que a decisão de inconstitucionalidade de uma Lei Estadual tenha mais peso que uma Lei Federal instituída após tal decisão. Esse é um problema que assola o mundo jurídico brasileiro até os dias de hoje. Juízes estaduais ignoram por completo a Lei Federal nº 13.364/16 e proíbem eventos de vaquejada com base apenas na decisão tomada pelo STF que declara inconstitucional a Lei 15.299/2003.

- Constitucionalidade da Lei Distrital nº 5.579/2015

Abrindo um parêntese no âmbito nacional do tema, observemos a Lei Distrital nº 5.579/2015, a qual diz reconhecer a Vaquejada como modalidade esportiva no Distrito Federal. Após a decisão do Supremo Tribunal Federal de tornar inconstitucional a lei do estado do Ceará que regulamentava a prática da Vaquejada no estado, a referida lei foi

[28] A proibição da progressão para hediondos é inconstitucional sim: https://www.conjur.com.br/2006-mar-02/proibicaoprogressaoregimeinconstitucionalsim

alvo de impugnação, conforme ementa a seguir:

> CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº 5.579/2015. RECONHECE A VAQUEJADA COMO MODALIDADE ESPORTIVA. ADI SIMILAR JULGADA PERANTE O STF. EFEITOS VINCULANTES E ERGA OMNES QUE NÃO VINCULAM O PODER LEGISLATIVO. MAUS TRATOS AOS ANIMAIS. ART. 296 DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. PONDERAÇÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. MANIFESTAÇÃO CULTURAL. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA. FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. 1. O Poder Legislativo não se submete à eficácia erga omnes e ao efeito vinculante proveniente das ações declaratórias de inconstitucionalidade. Por certo, o julgamento de procedência da ADI nº 4983/CE pelo Supremo Tribunal Federal, que proibiu a prática da vaquejada, não impediu o Congresso Nacional de decretar a Lei Federal nº 13.364, de 29/11/2016, que "Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial", de modo que acabou por se esvaziar a referida proibição, haja vista a regulamentação da prática em âmbito federal. 2. Ponderando-se os valores constitucionais envolvidos, em especial os artigos 215 e 225 da Constituição Federal, verifica-se que a vaquejada, nesse contexto, pode e deve adequar-se à proteção ambiental resguardada pela Lei Orgânica do Distrito Federal, ao mesmo tempo em que, como manifestação cultural, deve ser reconhecida e incentivada pelo Poder Público. 3. Considerando que a norma impugnada (Lei Distrital nº 5.579, de 23/12/2015) dá eficácia às Leis Federais nº 13.364, de 29/11/2016, e nº 10.220, de 11/04/2001, que consideram a vaquejada como modalidade esportiva e alçam a prática à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial, - sobretudo expressão cultural do povo nordestino -, também acobertada pela Constituição Federal, e havendo meios de conciliar a atividade com as normas constitucionais que proíbem maus tratos aos animais, a partir do controle e da fiscalização do Poder Público, deve-se reconhecer sua constitucionalidade. Proclamada, assim, a constitucionalidade da Lei Distrital que reconhece a vaquejada como modalidade esportiva no Distrito Federal. 4. Ação direta julgada improcedente.
> (TJ-DF 20160020039632 0004545-88.2016.8.07.0000, Relator: CRUZ MACEDO, Data de Julgamento: 21/03/2017, CONSELHO ESPECIAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 25/04/2017 . Pág.: 27)

O pedido de impugnação da Lei Distrital nº 5.579/2015 ocorreu porque entendeu-se que após a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983 não apenas a Lei nº 15.299/2003 seria inconstitucional, mas também a prática da Vaquejada.

O Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal se utilizou da argumentação de que a eficácia *erga omnes* da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal não teria eficácia sobre a lei distrital por se tratar de diferentes poderes. Ou seja, para o nobre julgador, não se misturam decisões do Poder Judiciário com decisões do Poder Legislativo.

Além disso, partiu-se da premissa de que a Vaquejada encontra sim respaldo na Constituição Federal, em seus artigos 215 e 225:

> **Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.**
> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
> § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.
> § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:
> **I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro**;
> II - produção, promoção e difusão de bens culturais;
> III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;
> IV - democratização do acesso aos bens de cultura;
> V - valorização da diversidade étnica e regional.
>
> **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.**
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
> II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
> III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
> V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
> VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Porém, não deixa de citar que a referida lei deve se adequar à proteção ambiental, bem como pela Lei Orgânica do Distrito Federal, ao passo que também deve ser a Vaquejada reconhecida como manifestação cultural por nosso Poder Público.

Por fim, há a certeza de que a Lei Distrital nº 5.579/2015 dá eficácia a outras normas legislativas, como as Leis Federais nº 13.364/2016 e 10.220/2001, ambas reconhecendo a Vaquejada como prática desportiva.

O que chama a atenção é o descontentamento de alguns juízes, em especial do Distrito Federal, em relação ao bem cultural brasileiro denominado vaquejada, bem como veremos a seguir.

- A Emenda Constitucional nº 96/2017: agora a prática da vaquejada é direito constitucional.

Considerando apenas a EC 96/2017, o congresso procurou anular a possibilidade de ilegalidade da vaquejada, visto que na visão do STF a atividade desportiva era inconstitucional por violar o art. 225, § 1º, VII, da CF/88, e portanto, a Lei Federal nº 13.364/2016 não teria força suficiente para derrubar a decisão do Supremo em julgar inconstitucional a vaquejada[29] e por isso o congresso nacional optou por alterar a Constituição Federal, conforme trecho descrito abaixo:

> Art 225 (...):
> § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

A EC 96/2017 é um exemplo do que a doutrina constitucionalista nomeia como "efeito *backlash*". Trocando em miúdos, trata-se da reação conservadora de parcela da sociedade ou das forças políticas (em geral, do parlamento) diante de uma decisão liberal do Poder Judiciário em um tema polêmico. George Marmelstein resume a lógica do efeito *backlash* ao ativismo judicial:

> Esse exemplo ressalta bem o que é o efeito *backlash* do ativismo judicial, que é uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo. O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que,

[29] Lei 13.873/2019: altera a Lei 13.364/2016 para reforçar que as atividades de rodeio, vaquejada e laço são bens de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro. Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2019/09/lei-138732019-altera-lei-133642016-para.html

supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão."[30] (MARMELSTEIN)

O ativismo por parte do STF em tentar coibir a vaquejada causou o efeito contrário: coibir a prática agora é como tentar coibir qualquer outra prática cultural resguardada pela Constituição Federal. Verifica-se, portanto, uma tentativa de superação legislativa da jurisprudência (reversão jurisprudencial), sendo clara a manifestação de um ativismo congressual.

Temos aqui a consciência de que há um impasse entre os três poderes: de um lado o Judiciário sem um limite de poder na Constituição passando por cima do que já estava positivado, e do outro temos o Executivo agindo por pressão do Legislativo no que tange à vaquejada. Sendo assim, resta claro que é necessário observarmos a relação entre os três poderes por uma nova ótica e superarmos a ideia de supremacia de um poder para o outro, neste caso, do Poder Judiciário, posto que nossa Constituição uma disposição de competência direcionada a ele.

O ativismo do STF no caso da vaquejada causou o efeito contrário ao que se esperava: o Legislativo e o Executivo se juntaram para derrubar uma decisão que causou inúmeros equívocos, conforme exposto anteriormente. A discussão em torno do Direito Ambiental, diferentemente da Vaquejada, tem o cerne agora na produção e comercialização de um alimento de alto padrão: *O Fois Gras*, sendo comentado mais à frente.

- A Contrariedade Perante o Poder Legislativo Vigente à Época do Fato

No ano de 2015 a *BSB ANIMAL PROTEÇÃO E ADOÇÃO* ajuizou Ação Civil Pública em face do Distrito Federal e do *Parque de Vaquejada Maria Luiza* requerendo a proibição da utilização de animais para a realização da Vaquejada, buscando impedir a Vaquejada de ocorrer na cidade satélite de Planaltina nos dias 21 e 22 de fevereiro daquele ano.

O juiz da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal, Carlos Frederico Maroja de Medeiros, na sentença julgou procedente o

[30] Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial, George Marmelstein. **Disponível em:** https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/

pedido da autora da lide a fim de condenar a empresa ré no caso à obrigação de não utilizar animais naquilo que ele chama de *"provas de perseguição, laceio, ou derrubada de animais"*, sob pena de multa no valor de R$ 50.000.000,00 por cada ato de descumprimento praticado pela ré.

O entretenimento do evento em questão se daria quase que inteiramente por meio das provas de vaquejada. Impedir o principal atrativo de determinado evento é fadá-lo ao fracasso total, e pior, coloca em xeque pecuaristas, comerciantes, veterinários, zootecnistas e expositores, que dependeriam do evento de vaquejada para existir. Não haveria público num evento destinado à vaquejada se não houver a vaquejada, e logo a imensa maioria de empregados e empregadores ficariam sem público, culminando na extinção total do evento.

Além da tentativa de acabar um evento inteiro, o juiz Carlos Frederico Maroja de Medeiros tratou com desdém a manifestação cultural que é o "ganha-pão" de milhares de pessoas, inclusive no Distrito Federal. Nas palavras do julgador:

> "(...) as vaquejadas abrigam uma miríade de atividades econômicas, que podem perfeitamente ser preservadas, com a exclusão apenas das provas cruéis com animais. Neste descortino, soa perfeitamente compatível a manutenção da vaquejada (cuja proibição, repita-se, não fora requerida neste feito, salvo no que refere à utilização de animais), para a manutenção de toda a atividade comercial e cultural referida acima, preservando-se os animais das práticas cruéis a que são submetidas numa dentre tantas atividades realizadas. **Satisfaz-se, com isso, a ambição pelo dinheiro, que é evidentemente o grande móvel dos defensores do evento, respeitando-se a diretriz constitucional de resguardo dos animais contra a crueldade humana**."(Juiz Carlos Frederico Maroja de Medeiros, em decisão.)

É visível o desrespeito que o senhor Carlos Frederico Maroja de Medeiros tratou o caso impedindo a utilização dos animais na vaquejada. Se não há a vaquejada num evento de vaquejada, não há público e assim não há comércio. Sem a utilização de animais no evento todos os trabalhadores ficariam prejudicados, desde comerciantes aos praticantes da atividade desportiva.

Não se deu valor algum à cultura, aos costumes, ao sustento de centenas de pessoas e a própria movimentação econômica que o evento em si traria. Diz-se *"ambição pelo dinheiro"* porque provavelmente não houve interesse em saber o impacto que aquele evento isoladamente traria na região.

Adiante, o juiz do presente caso ainda cita as atividades econômicas que poderiam fazer parte do evento, isso inclui a venda de roupas, calçados, artesanatos, shows de artistas locais e nacionais, leilões materiais genéticos de animais com linhagens

especiais, comércio de rações e suplementos e medicamentos veterinários.

Como poderia a falta da prova de Vaquejada não implicar diretamente em todas essas atividades econômicas citadas? É totalmente impossível que a exclusão do atrativo principal do evento não afete negativamente as pessoas e empresas que ali trabalham, mas aparentemente o juízo não se importa com impacto negativo na sociedade, conforme o seguinte trecho da sentença do presente caso:

> As consequências econômicas da vedação à vaquejada foram especialmente lamentadas pelos amici curiae defensores da prática. Um aspecto que deve ser ressaltado é que o interesse econômico não prevalece sobre o ordenamento jurídico, por mais poderoso que seja. Ao revés, o que denomina atualmente "direito ambiental" constitui-se exatamente de um complexo de limitações jurídicas contra os excessos do capitalismo e da ambição humana, posto que a ausência de limites à ambição leva à predação completa de todos os recursos naturais, o que conduziria ao perecimento de todos..." (Juiz Carlos Frederico Maroja de Medeiros, em decisão.)

Não há ligação alguma com o caso do processo que faço referência a afirmação de que o Direito Ambiental seria um *"complexo de limitações jurídicas contra os excessos do capitalismo"*. Uma decisão desse porte não deveria vir acompanhada de teor ideológico, além disso, o Direito Ambiental tem o intuito de garantir a todos meio ambiente equilibrado, resguardando a fauna e a flora brasileiras. Não é possível vislumbrar no que o evento que estava em questão à época do julgamento prejudicaria a fauna e a flora brasileiras.

É claro o desconhecimento, a falta de interesse do juízo da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal sobre este caso ao criticar o posicionamento do Conselho Regional de Medicina Veterinária devido a afirmação do Dr. Cássio Ricardo Ribeiro, representante do CRMV, de que *"(...) se a sociedade entender pela pertinência cultural e esportiva, há de estabelecer critérios de respeito aos animais e observar a presença de veterinários."*.

O CRMV deu solução pertinente para a problemática que envolve a Vaquejada, porém, para o juízo o qual faço referência, *"(...) o conselho regional demonstrou interesse apenas sobre o filão lucrativo proveniente das vaquejadas, ostentando pouca ou nenhuma preocupação para com o aspecto da crueldade ou do padecimento dos animais."*.

O que ficou claro aqui foi a falta de zelo do juízo da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal tratou não apenas o evento alvo da lide, mas a atividade desportiva reconhecida nacionalmente denominada Vaquejada. Houve na sentença é a tentativa de fazer com que um bem cultural fosse mal visto pela

sociedade e isso intolerável.

O desdém que foi demonstrado pela história do país, o fato de um juiz ter praticamente ignorado o Poder Legislativo no que tange à Lei Federal nº 13.364/16 e o ataque gratuito àqueles que fazem a Vaquejada acontecer por todo o Brasil manifesta a divergência política existente no atual cenário brasileiro e o quanto devemos evoluir em prol da JUSTIÇA!

Em 2018 o juiz da 3ª Vara Cível de Rondonópolis (MT), Jorge Hassib Ibrahim, ordenou que o evento *"Vaquejada dos Amigos Rancho Mimosiano"* não fosse realizado na cidade. Além da negativa ao evento, o juiz estipulou multa no valor de R$ 50 mil. O juiz acatou o pedido do Ministério Público do estado e argumentou que a Vaquejada traz crueldade animal e não se enquadra como prática cultural.

Resta claro novamente o desdém para com a cultura do país partindo de um magistrado. Afirmar que a Vaquejada, atividade desportiva existente desde o período colonial, não deve ser considerada parte do acervo cultural do nosso país é de uma falta de conhecimento sem tamanho.

Mais uma vez, a Lei Federal nº 13.364/16 foi totalmente ignorada e apenas a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983 foi usada como precedente na tomada de decisão. O nível de prejuízo que discordância entre os poderes Legislativo e Judiciário vem causando é de um nível estratosférico.

Não há robustez nos precedentes, não há um entendimento pacífico no mundo jurídico, e principalmente, estamos longe de presenciar concordância nas decisões relacionadas à uma prática tão nobre como foi mencionado. Nenhuma manifestação cultural deve ser atacada em sua raiz de forma tão cruel.

CAPÍTULO III - FOIE GRAS: A LEGALIDADE DA PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE UMA IGUARIA INTERNACIONAL

Na data de 26 de junho de 2015, o então prefeito de São Paulo – SP, Fernando Haddad publicou a Lei Municipal nº 16.222[31], a qual proibia a produção e comercialização de *Foie Gras* e vestuário de origem animal dentro do município de São Paulo - SP[32]. Como era de se esperar, a referida Lei não foi bem aceita e a Associação Nacional dos Restaurantes pediu judicialmente a revogação da lei, que foi suspensa em sede de liminar pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 14 de julho do mesmo ano.

A Associação Nacional dos Restaurantes alegou à época que a competência para legislar acerca do consumo de produtos é dos Estados e da União, o que é congruente com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Em 2016 o STF julgou no Recurso Extraordinário com Agravo nº 883.165[33], que a Lei Municipal nº 5.497/2012 a qual tratava da cobrança mínima de consumidores em bares e restaurantes do Rio de Janeiro – RJ, seria inconstitucional porque é de competência da União e dos Estados, concorrentemente, legislar acerca do consumo.

Descontente com a decisão, o Procurador Geral do Estado de São Paulo é autor do Recurso Extraordinário nº 1.030.732[34] em face da decisão do TJSP em declarar inconstitucional a lei que tentava coibir a comercialização e o comércio do *foie gras* e de tecidos de origem animal no município de São Paulo, e tem como relator o Ministro Luiz Fux que propôs que o caso seja tratado como Repercussão Geral, julgado pertinente em 05 de março deste ano. Vale salientar que para o ministro Luiz Fux, trata-se de interesse local, visto que São Paulo- SP é o maior consumidor de *foie gras* do país[35].

Para o ministro, o TJSP declarou a referida lei inconstitucional porque, segundo ele, havia na lei falta de razoabilidade e proporcionalidade, usurpação de competência da

---

[31] Lei inconstitucional nº 16.222/2015: http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16222-de-25-de-julho-de-2015. Acesso em 01/06/2020.

[32]G1 SÃO PAULO: Lei que proibia venda de fois gras em SP é considerada inconstitucional pela Justiça https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/lei-que-proibia-venda-de-fois-gras-em-sp-e-considerada-inconstitucional-pela-justica.ghtml. Acesso em 01/06/2020.

[33]Só União e estados podem legislar sobre direito do consumidor, reafirma Supremo, Revista ***Consultor Jurídico***, 29 de março de 2016, 10h16. https://www.conjur.com.br/2016-mar-29/uniao-estados-podem-legislar-consumo-reafirma-supremo. Acesso em 01/06/2020.

[34] RE 1.030.732 STF .https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5145857. Acesso em 01/06/2020.

[35]STF vai decidir sobre a proibição de "foie gras" por norma municipal. https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=438751&ori=1. Acesso em 01/06/2020.

União, dos Estados e do Distrito Federal por parte do município de São Paulo – SP, e porque a proibição da produção e comercialização do de *foie gras* não encerraria a matéria predominante do interesse local. Ademais, o ministro pautou que está em jogo no caso a ponderação de princípios constitucionais, sendo eles o da Livre Iniciativa *versus* o do Consumidor e do Meio Ambiente.

Abrindo um parêntese na questão constitucional do caso, vejamos a origem e a forma de produção da iguaria. O significado do *Foie Gras* é fígado gordo, sendo uma iguaria francesa, a qual a produção envolve a hipertrofia do fígado de pato ou ganso. Tal iguaria está entre os dez mais caros do mundo, e custa em média R$ 300,00 o quilo.

Os animais usados na produção do *foie gras* tem uma alimentação forçada duas a três vezes ao dia, sendo usado um cano dentro da garganta, passando pelo sistema digestivo e chegando ao estômago do animal[36]. Tal processo denominado *gavage* faz com que o fígado do pato ou do ganso fique inchado e aumente em média 50% seu nível de gordura, ocorrendo entre dez dias e um mês antes da morte do animal[37].

Imagem do momento da *gavage*:

Sabemos que em relação da vaquejada, o STF se pautou principalmente no princípio da Proteção ao Meio Ambiente para julgar inconstitucional a Lei Estadual que dispunha sobre a prática desportiva. Para o Supremo, uma pessoa puxar o protetor de cauda do boi enquanto ele corre numa pista de terra fofa viola o bem-estar do boi e colocava a saúde física do animal em risco.

O que se espera do STF é um posicionamento similar na questão do *foie gras*. Para isso ocorrer o Supremo não poderá se pautar em decisões outrora tomadas. Sabe-se

[36]Gazeta do Povo: "STF vai decidir se municípios podem barrar a venda de foie gras". https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/stf-vai-decidir-se-municipios-podem-barrar-a-venda-de-foie-gras/. Acesso em 01/06/2020.
[37]Foie Gras: Como é feita essa iguaria e porque é tão polêmica? https://www.hipercultura.com/conheca-o-foie-gras/

que de acordo com artigo 24 da Constituição Federal compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção do meio ambiente. A competência se estenderia ao município se o regramento fosse harmônico com a disciplina estabelecida com os demais entes federados. É o que diz o ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário nº 586224, julgado reconhecido como repercussão geral[38].

Temos aqui dois impasses. O primeiro é que sendo permitida a produção e venda do *foie gras* na maioria do país e se olharmos por essa questão, a Lei Municipal nº 16.222/15 é inconstitucional, visto que vai contra à disciplina nos demais entes federados. Porém, comparando-se ao julgamento da Vaquejada e com o tratamento que o animal submetido à *Savage* recebe, o *foie gras* a Lei Municipal 16.222/15 não deveria ser sido declarada inconstitucional, visto que se trata de proteção ao meio ambiente.

O *foie gras* é produzido e servido para pessoas de alto poder aquisitivo e ao contrário da vaquejada, poucas pessoas conseguem ter acesso. Além disso, o *foie gras* não é um bem cultural brasileiro como é a vaquejada, posto que o produto é genuinamente francês. Uma lista grande de países já proibiram a produção da iguaria, incluindo Alemanha e Suíça. Além disso, a cidade de Nova Iorque está proibida de produzir a partir de 2022. No Brasil as cidades de Florianópolis e Blumenau – SC proibiram a produção e comercialização do produto.[39]

Caso o STF jugue inconstitucional a Lei Municipal nº 16.222/15, a corte irá na contramão daquilo que tanto defendeu durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983, que é o bem – estar animal, visto que como vimos acima, a produção do *foie gras* é infinitamente mais danosa ao animal do que a Vaquejada. Ademais, caso o STF julgue constitucional a Lei Municipal nº 16.222/15, sendo matéria de Repercussão Geral, podemos esperar a proibição ao menos da produção da iguaria em todo o país.

Portanto, diante da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 16.222/15, estaremos diante de um comportamento incongruente da Suprema Corte. Uma lista de práticas consideradas abusivas com os animais não são taxadas como crime pelo Supremo, como por exemplo o Turfe e a Pesca Esportiva e as duas práticas, assim como a Vaquejada, são para o lazer daqueles que o praticam ou assistem. A diferença é que, até o momento, apenas a Vaquejada é vista com maus olhos pelo STF.

[38]RE Nº 586.224 – STF: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039.
[39] Foie Gras: A Delícia Condenada.https://veja.abril.com.br/gastronomia/foie-gras-a-delicia-condenada/

CONCLUSÃO

Como visto, o Supremo Tribunal Federal tem agido além de suas delimitações, realizando muitas vezes sem necessidade o papel do Poder Legislativo, deixando de lado na maioria das vezes de observar o Princípio da Separação dos Poderes e do Estado Democrático de Direito. Isso acarreta a expansão do Poder Judiciário em relação aos demais poderes e na tomada de decisões baseadas no próprio viés ideológico, sem a devida função de efetivar a norma constitucional.

Como exposto, no caso da Vaquejada a intromissão do STF causou o efeito contrário do desejado, podendo ocorrer o mesmo com a produção e comercialização do *Foie Gras*, iguaria que é taxada mundialmente como uma agressão ao animal que a produz.

Portanto, o que se espera minimamente do Supremo é um posicionamento semelhante nos dois casos e, com a mesma voracidade a qual julgou ser inconstitucional a prática da Vaquejada, julgue inconstitucional a produção e comercialização do *Foie Gras*.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Turma do STF decide que aborto nos três primeiros meses de gravidez não é crime. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/turma-do-stf-decide-que-aborto-nos-tres-primeiros-meses-de-gravidez-nao-e. Acesso em 19 jun 2020.

ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo judicial no ritualismo processual. Direito Público. 2014.

ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Ativismo judicial" do STF é criticado em audiência pública na CCJ. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/576770-ativism+o-judicial-do-stf-e-criticado-em-audiencia-publica-na-ccj/ Acesso em 19 jun 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. A proibição da progressão para hediondos é inconstitucional sim. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-mar-02/proibicaoprogressaoregimeinconstitucionalsim. Acesso em 19 jun 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. Interromper gestação até 3º mês não é crime, decide 1ª Turma do STF em HC. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-nov-29/interromper-gestacao-mes-nao-aborto-turma-stf. Acesso em 19 jun 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. Só União e estados podem legislar sobre direito do consumidor, reafirma Supremo. Disponível em:. https://www.conjur.com.br/2016-mar-29/uniao-estados-podem-legislar-consumo-reafirma-supremo. Acesso em 19 jun 2020.

DIZER O DIREITO. Lei 13.873/2019: altera a Lei 13.364/2016 para reforçar que as atividades de rodeio, vaquejada e laço são bens de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro. Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2019/09/lei-138732019-altera-lei-133642016-para.html. Acesso em 19 jun 2020.

FELIX, FRANCISCO KENNEDY LEITE, ALENCAR, FRANCISCO AMAGO GOMES.O vaqueiro e a vaquejada: do trabalho nas fazendas de gado ao esporte nas cidades. Revista Geográfica de América Central, vol. 2, julio-diciembre, 2011.

FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018.

G1 SÃO PAULO: Lei que proibia venda de fois gras em SP é considerada inconstitucional pela Justiça. Disponível em: https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/lei-que-proibia-venda-de-fois-gras-em-sp-e-considerada-inconstitucional-pela-justica.ghtml. Acesso em 01/06/2020.

G1: TJMG suspende vaquejada pelo terceiro ano: Disponível em: https://g1.globo.com/mg/vales-mg/noticia/2019/06/06/vaquejada-e-suspensa-pela-justica-pelo-terceiro-ano-consecutivo-em-governador-valadares.ghtml. Acesso em 19 jun 2020.

GAZETA DO POVO. STF se excedeu ao dizer que aborto até o terceiro mês não é crime, apontam juristas. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/stf-se-excedeu-ao-dizer-que-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-apontam-juristas-b5eqxl526ktr1nfunkln8cb17. Acesso em 19 jun 2020.

GAZETA DO POVO. STF vai decidir se municípios podem barrar a venda de foie gras. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/stf-vai-decidir-se-municipios-podem-barrar-a-venda-de-foie-gras/. Acesso em 19 jun 2020.

GEORGE MARMELSTEIN. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial. Disponível em: https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/. Acesso em 19 jun 2020.

HIPER CULTURA. Foie Gras: Como é feita essa iguaria e porque é tão polêmica? Disponívlel em: https://www.hipercultura.com/conheca-o-foie-gras/. Acesso em 19 jun 2020.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Trad. Alex Marins, São Paulo. Martin Claret: 2003.

MENDES, Luiz Henrique. Mercado de cavalos de raça cresce no Brasil. Disponível em: http://www.canaldo Produtor-mercadodecavalosderaçacrescenoBrasil.mht. Acesso em 19 jun 2020.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MONTESQUIEU. Os Pensadores. v. 1 e 2. São Paulo. Nova Cultural Ltda. 1997.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. Lei inconstitucional nº 16.222/2015. Disponível em: http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16222-de-25-de-julho-de-2015. Acesso em 19 jun 2020.

REGAN, Tom Jaulas Vazias. Introdução aos Direitos dos Animais, FRANCIONE, Gary, 2000.

REVISTA ÉPOCA. STF decide que o aborto até o terceiro mês não é crime: o que isso significa? Disponível em: https://epoca.globo.com/saude/cristiane-segatto/noticia/2016/11/stf-decide-que-o-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-o-que-isso-significa.html. Acesso em 19 jun 2020.

SINGER, Peter. Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL DEFERAL. RE Nº 586.224 – STF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039. Acesso em 19 jun 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1.030.732 STF. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5145857. Acesso em Acesso em 19 jun 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF vai decidir sobre a proibição de "foie gras" por norma municipal. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=438751&ori=1. Acesso em 19 jun 2020.

VEJA ABRIL. Foie Gras: A Delícia Condenada. Disponível em: https://veja.abril.com.br/gastronomia/foie-gras-a-delicia-condenada/. Acesso em 19 jun 2020.

JOÃO PAULO SARAIVA MARTINS CABRAL

A INCONSTITUCIONALIDADE NA VEDAÇÃO A ESCOLHA DE REGIME DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS

Artigo científico apresentado como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília.

Orientadora: Profa. Ma. Áurea Bezerra de Medeiros

Brasília
2020

A INCONSTITUCIONALIDADE NA VEDAÇÃO A ESCOLHA DE REGIME DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS

Resumo

Em linhas gerais, o presente trabalho objetiva analisar o regime de separação obrigatória de bens impostos aos nubentes maiores de setenta anos de idade no Código Civil por meio da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. No primeiro capítulo passa-se à análise do casamento, sua natureza jurídica e as modalidades dos regimes de bens previstos no Código Civil, bem como demonstrar a diferença entre capacidade e impedimentos para o casamento. No segundo capítulo realiza-se a abordagem da importância do idoso no ordenamento jurídico, consequentemente a valoração do idoso perante a sociedade. Os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família estabelecidos pela Constituição Federal. Por fim, no terceiro capítulo realiza-se a análise sob os pontos de vista legislativo, doutrinário e jurisprudencial do regime de separação obrigatória de bens impostos aos nubentes com idade superior a setenta anos.

Palavras-chave: Casamento. Modalidades de Regime. Valoração do Idoso. Princípios Constitucionais. Regime de bens.

Abstract

This study is intended to analyze the mandatory separation regime of goods imposed on clouders over seventy years of age in the Civil Code through Law 10,406 of January 10, 2002. In the first chapter, it is the analysis of marriage, its legal nature and the modalities of the regimes of property provided for in the Civil Code, as well as to demonstrate the difference between capacity and impediments to marriage. In the second chapter, we approach the importance of the elderly in the legal system, consequently the valoration of the elderly before society. The constitutional principles applicable to Family Law established by the Federal Constitution. Finally, in the third chapter, the analysis will be carried out from the legislative, doctrinal and jurisprudential points of view of the mandatory separation regime of goods imposed on the clouds over the age of seventy.

Keywords: Property Regime. Wedding. Regime Modalities. Valuation of the Elderly. Constitutional Principles.

7 INTRODUÇÃO

Este estudo terá como objetivo analisar a determinação legal que impõe o regime da separação de bens no casamento para pessoas maiores de 70 anos de idade, previsto no artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002, visando proteger o idoso, porém, excluindo a liberdade de escolha, portanto o princípio da autonomia da vontade.

O Código Civil de 2002 instituiu o regime da separação de bens obrigatório para maiores de 60 anos e, tal dispositivo, foi alterado pela Lei nº 12.344 de 9 de dezembro de 2010, majorado para 70 anos, idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento

Esta imposição feita pelo legislador civil presume, a incapacidade do idoso pelo

fato de atingir determinada idade, colidindo com as cláusulas constitucionais que tutelam a dignidade da pessoa humana e os princípios da igualdade e liberdade determinados pela Constituição Federal.

Define-se que será realizada análise da imposição de regime de separação obrigatória de bens aos nubentes com mais de setenta anos sob os pontos de vista doutrinário, legislativo e jurisprudencial.

O trabalho será dividido em três capítulos, para demonstrar a imposição do regime obrigatório de bens imposto aos idosos acima de 70 anos de idade.

No primeiro capítulo será destinado aos conceitos e natureza do casamento, bem como a importância das modalidades dos regimes de bens.

Da mesma maneira, versar quanto a diferença entre a capacidade e impedimentos para o casamento. Visto que uma se refere ao direito de se casar, de acordo com a idade atingida e a outra se refere legitimação de uma pessoa com outra determinada pessoa, para evitar vício na realização do matrimônio.

No capítulo segundo, como objetivo geral, tratará da valoração do idoso no ordenamento jurídico de acordo com Estatuto do Idoso, bem como o dever que o Estado e a sociedade têm de proteger e ampará-lo. Segunda pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a expectativa de vida aumentou e continua a crescer, tornado as pessoas da terceira idade, cada vez mais ativas na sociedade, devido a qualidade de vida.

Depois será abordado a respeito da incapacidade no Direito Civil, que consiste em impor limite na atuação de seus atos perante a sociedade, uma vez que para isso, deve haver o discernimento para devida capacidade civil.

Vale destacar a importância do princípio, no qual será explanado a respeito de sua função no ordenamento jurídico, uma vez que visa ser uma base e o pilar que conduz as regras para os fundamentos. No presente estudo serão abordados três deles: O princípio da dignidade pessoa humana, da igualdade e da liberdade, previstos pela Constituição Federal e Código Civil.

Servirão para demonstrar a intervenção do Estado na vida privada, os princípios mencionados, quanto a violação do direito de escolha do regime de bens aos nubentes maiores de 70 anos de idade.

Já no último capítulo adentrar ao tema central do presente estudo, ou seja, a respeito do regime da separação obrigatória de bens imposto pelo legislador para aqueles maiores de 70 anos de idade, conforme artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002.

Um dos objetivos específicos é analisar aplicação legislativa do regime obrigatório de bens, as justificativas para manutenção no ordenamento jurídico e movimentações, a fim de abastecer tal norma do Código Civil.

Do mesmo modo, será efetuada análise doutrinária, obtendo informações e críticas dos doutrinadores quanta aplicabilidade da norma do regime da separação obrigatória de bens, para maiores de 70 anos de idade.

Finalizando, realizar-se-á análise jurisprudencial, da norma do regime da separação obrigatória de bens, bem como abordar a edição da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

8 O CASAMENTO E AS POSSIBILIDADES DE REGIME DE BENS

Considerando a vida conjugal, a união é constituída pela cooperação de ambas as partes, a par de seus direitos e deveres, como fidelidade recíproca, assistência mútua, alimentos e coabitação.

Ainda que o casamento não seja de evidência econômica direta, o casal precisa da comunhão de vida, onde surgem os regimes de bens, uma vez que são eles os responsáveis por regular os interesses e necessidades financeiras e econômicas dos nubentes.

O regime de bens é uma consequência jurídica do casamento. De acordo com Sílvio de Salvo Venosa: “Desse modo, a existência de um regime de bens é necessária, não podendo o casamento subsistir sem ele. Ainda que os cônjuges não se manifestem, a lei supre sua vontade, disciplinando o regime patrimonial de seu casamento (VENOSA, 2017, p. 34).

No entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

> Obrigações legais, tais como a fidelidade recíproca, a coabitação e a educação, guarda e sustento dos filhos traduzem efeitos de cunho eminentemente não patrimonial. A par disso, todo um sistema de efeitos patrimoniais é desencadeado a partir da celebração do casamento. E, como a nossa prática judicante demonstra, em geral, os litígios no âmbito matrimonial tendem a ser sempre mais graves quando existe patrimônio em jogo. (GAGLIANO, 2019, p. 347).

Dessa forma, o regime de bens não só regula as relações econômicas emergentes das questões pecuniárias entre cônjuges, como também assegura os direitos e deveres de cada um.

8.1 Conceito e natureza jurídica do casamento

O casamento pode ser conceituado pela união de duas pessoas, com interesse em comum de constituir uma família por livre e espontânea manifestação de vontade, baseado em um vínculo de afeto, reconhecido e regulamentado pelo Estado.

O matrimônio pode ser definido de diversas formas pelos doutrinadores, não cabendo ao legislador tal função, segundo Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho:

> Pensamos, aliás, não ser tarefa do legislador estabelecer essa definição, mas sim da doutrina especializada. No Direito, luminosa é a constelação de autores que se esforçaram em definir o ato matrimonial, em diversas oportunidades, refletindo-se, em cada uma das definições, os valores predominantes na época em que tais conceitos foram elaborados. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 136)

A união de duas pessoas incide em um ato bilateral, possui as características de um acordo, com manifestação de vontades, consequentemente acarretando em aplicação dos efeitos jurídicos.

O tema que trata a natureza jurídica do casamento do mesmo modo, vem acompanhada de muitas apreciações, nas quais podem ser consideradas de forma mista entre contrato e instituição.

Trata-se de instituição por ser levado a categoria de valor, de ordem pública, dada a legislação existente. Consiste em contrato, pois englobam organização e uma série de elementos que definem as normas e seus efeitos jurídicos. Desse modo, esclarece Sílvio de Salvo Venosa:

> O casamento faz com que os cônjuges adiram a uma estrutura jurídica cogente predisposta. Nesse sentido apresenta-se a conceituação institucional. Trata-se, pois, de negócio complexo, com características de negócio jurídico e de instituição. Simples conceituação como contrato reduz por demais sua compreensão (VENOSA, 2017, p. 41).

8.2 Modalidades de regime de bens

Na sociedade conjugal, são estabelecidos os regimes de bens, que nada mais são que um conjunto de normas jurídicas a reger a parte patrimonial do casamento, a fim de determinar os bens adquiridos antes e durante o matrimônio pelos cônjuges.

Para Arnaldo Rizzardo:

> O regime de bens significa o disciplinamento das relações econômicas entre o

> marido e a mulher, envolvendo propriamente os efeitos dele em relação aos bens conjugais. Ou seja, a fim de regulamentar as relações econômicas resultantes do casamento, vêm instituídas algumas formas jurídicas que tratam do patrimônio existente antes do casamento, e daquele que surge durante sua vigência. (RIZZARDO, 2019, p. 972.)

Os bens materiais são designados a satisfazer as necessidades dos cônjuges e filhos de modo a ter estabilidade. Para isso é indispensável um ordenamento jurídico que estruture as relações pecuniárias, também servem para disciplinar os bens, a administração, o gozo e a responsabilidade dos cônjuges por suas dívidas e as fórmulas para a partilha dos bens quando da dissolução do matrimônio.

Sobre algumas restrições, dos bens durante a vigência do casamento esclarece Rolf Madaleno que:

> Na sociedade conjugal os bens adquiridos durante o casamento são de propriedade exclusiva do cônjuge que os adquiriu e assim seguirá enquanto perdurar o matrimônio, sem que o outro consorte tenha qualquer direito de propriedade sobre esses bens; entretanto, em razão do regime de comunidade de bens o proprietário sofre restrições ou limites no seu direito de disposição, necessitando da outorga de seu parceiro para a alienação ou disposição do bem imóvel na constância do casamento. (MADALENO, 2018, p. 929).

O Código Civil prevê quatro regimes de bens, sendo eles: comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação. Em regra os cônjuges tem liberdade de escolha por um dos regimes de bens, salvo na hipótese do regime de bens estabelecido no artigo 1.641, incisos I a III, em que o regime da separação é imposto compulsoriamente.

Sobre a liberdade de escolha do regime, declara Carlos Roberto Gonçalves:

> Ao fazer uso dessa liberdade de estruturação do regime de bens, não podem os nubentes, no entanto, estipular cláusulas que atentem contra os princípios da ordem pública ou contrariem a natureza e os fins do casamento. (GONÇALVES, 2017, p. 570 e 571).

O artigo 1.639 do Código Civil dispõe que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Todavia, aduz o artigo 1.655 do Código Civil que “é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”. A convenção deve ser celebrada em pacto antenupcial e será nulo “se não for feito por escritura pública” conforme artigo 1.653 do Código Civil.

O pacto antenupcial tem como finalidade a escolha do regime de bens, e deve ser firmado por escritura pública em Cartório de Notas, que necessariamente deve acontecer

antes do casamento, no entanto só terá eficácia seguido de casamento.

Conforme o Código Civil. Dispõe o artigo:

> Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002).

8.2.1 Comunhão Parcial de Bens

Nesse regime, via de regra, se comunicam os bens adquiridos onerosamente durante a vigência do casamento, representam o compartilhamento dos bens adquiridos após a celebração do matrimônio.

A preferência pela comunhão parcial surgiu com a vigência da Lei do Divórcio nº 6.515/77 e passou a ser o regime que vigora no silêncio das partes e na hipótese da ineficácia do pacto antenupcial, mantida a mesma situação pelo novo Código Civil de 2002, estabelecido em seu artigo 1.640.

Desse modo, definido como o regime legal, devido à vigência da referida lei, conforme esclarece Arnaldo Rizzardo:

> Utiliza-se também a denominação ‘regime legal’, pelo fato de derivar da previsão da lei para a hipótese de falta de manifestação na adoção de um dos regimes. Presume-se que, em face da liberdade de escolha concedida, a falta de pacto antenupcial deve ser concebida no sentido de haverem os cônjuges casado com a intenção de adotar o regime de comunhão parcial. Anteriormente à Lei nº 6.515, de 1977, o regime legal, ou que prevalecia na ausência de opção por qualquer um outro, era o de comunhão universal, o qual vinha previsto desde o começo da vigência do Código Civil de 1916. (RIZZARDO, 2019, p. 998.)

Os bens adquiridos antes do matrimônio, são considerados particular de cada cônjuge, da mesma forma são os direitos e obrigações, de acordo com os incisos I, II, III, IV, V, VI e VII do artigo 1.659 do Código Civil. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002).

8.2.2 Comunhão Universal de Bens

Trata-se de um regime mais amplo, no qual abrange todos os bens e direitos, isso vale para os bens havidos pelos cônjuges a título oneroso ou gratuito, antes ou durante a vigência do casamento, ainda que somente em nome deles.

Anteriormente a Lei de Divórcio nº 6.515/77 o regime da universal de bens era precisamente o regime geral, de acordo com a modificação feita no artigo 258 *caput* do Código Civil 1916 e permanecendo no Código Civil de 2002, como dito no capítulo anterior.

Segundo Pablo Stolze:

> O regime de comunhão universal de bens tende à unicidade patrimonial. Vale dizer, o seu princípio básico determina, salvo as exceções legais, uma fusão do patrimônio anterior dos cônjuges e, bem assim, a comunicabilidade dos bens havidos a título gratuito ou oneroso, no curso do casamento, incluindo-se as obrigações assumidas (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 403).

Mesmo sendo comunicados os bens antes e durante o matrimônio, salvo aqueles cuja exceções são impostas pela lei, no qual tornam estes incomunicáveis, de acordo com o disposto no artigo 1.668, incisos I, II, III, IV e V, do Código Civil. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002).

8.2.3 Participação final nos aquestos

Esse regime não estava previsto na codificação anterior, a de 1916, somente em 2002 foi instituído e veio para substituir o antigo regime dotal.

Explica Arnaldo Rizzardo:

> O Código Civil traz uma grande inovação no que se relaciona aos regimes matrimoniais de bens. A par da comunhão parcial, da comunhão universal, da separação total e do silêncio quanto ao regime dotal, abolindo-o por obsoleto e em desuso, instituiu o regime de participação final dos aquestos, o qual não vinha no Código de 1916 (RIZZARDO, 2019, p. 1031).

O novo regime tem como finalidade, que os bens adquiridos durante o casamento sejam administrados individualmente, cada cônjuge possui seus bens próprios e administração exclusiva destes, uma característica do regime da separação de bens.

> No entanto há restrição na administração dos bens pelo cônjuge titular, de acordo com parágrafo único do artigo 1.673 do Código Civil “Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis”(RIZZARDO, 2019, p. 1031).

Já na dissolução do matrimônio, os cônjuges tem direito a meação dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência do casamento, uma característica do regime da comunhão parcial de bens.

De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

> Isso explica a própria denominação do regime, uma vez que, a título de compensação pelos esforços envidados em conjunto, partilham-se, ao final, os bens adquiridos com a participação onerosa de ambos os cônjuges (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 424).

> O presente regime é apontado pelos doutrinadores como contábil e complexo, desestimulando que seja adotado pela sociedade brasileira. Declara ainda Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: "O regime de participação final nos aquestos não deverá vingar" (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 421).

Segundo Tartuce (2019, p. 294). "Diante de todas essas dificuldades, de fato, o regime acabou não se concretizando na prática brasileira. Poucos julgados são encontrados sobre essa modalidade."

8.2.4 Separação de bens

De início é importante destacar que, de acordo com os doutrinadores o regime da separação de bens é dividido em dois tipos, sendo conhecida a primeira como convencional e a segunda como legal ou obrigatória.

A opção pelo regime da separação convencional de bens, deve ser expressa o acordo entre as partes por meio de pacto antenupcial, onde poderão ser estipuladas as regras dentro do matrimônio. Previsto no artigo 1.687 do Código Civil: "Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial" (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002).

De acordo com artigo 1.687 do Código Civil: "Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real."(BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002).

O acordado no pacto vale para as dívidas, caso não estipulado nada, em via de regra prevalece o mesmo previsto em lei para o patrimônio, cada cônjuge se responsabiliza pelas suas dívidas particulares, salvo aquelas inerentes ao casamento.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

> Quando se convenciona o aludido regime, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, pois a incomunicabilidade envolve todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, conferindo autonomia a cada um na gestão do próprio patrimônio (GONÇALVES, 2017, p. 644).

Já o regime da separação legal ou obrigatória de bens é imposto pela lei,

traduzindo a restrição à autonomia privada, passando a ser obrigatório no casamento em algumas circunstâncias. Previsto nos incisos I, II e III do artigo 1.641, do Código Civil.

A primeira hipótese prevista impõe-se as pessoas que contraiam casamento infligindo às causas suspensivas previstos nos incisos I, II, III e IV, parágrafo único do artigo 1.523 do Código Civil.

A segunda situação, o legislador impõe aqueles para maiores 70 anos de idade, prevendo assegurar o idoso proteção do patrimônio.

Em contra partida Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho discorda:

> A alegação de que a separação patrimonial entre pessoas que convolarem núpcias acima de determinado patamar etário teria o intuito de proteger o idoso das investidas de quem pretenda aplicar o "golpe do baú" não convence. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 366).

Por fim estabelece o artigo que, será imposto o regime em face daqueles que necessitarem de pronunciamento judicial, especificamente relativas aos menores de idade.

No entanto quando ocorrer a dissolução do matrimônio, no regime imposto por lei, os bens adquiridos na constância do casamento são considerados de esforço de ambos os cônjuges, caracterizando patrimônio comum, acarretando a partilha destes, visando evitar o enriquecimento sem causa. Dispõe a Súmula 377 do Superior Tribunal Federal: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento" (BRASIL. Superior Tribunal Federal).

8.3 Diferença entre Capacidade e Impedimentos para o Casamento

A capacidade plena para o casamento trata-se a respeito da idade, especificamente quando é atingida a maior idade, ou seja, 18 anos, de acordo com previsto nos artigos 3º e 5º do Código Civil, a partir dessa idade as pessoas podem, em regra, livremente escolher o regime de bens na qual pretendem se casar.

Segundo Arnaldo Rizzardo:

> A capacidade precede os impedimentos, dizendo respeito à idade reconhecida para que as pessoas estejam aptas a casar. Há um tempo reservado para cada coisa, e assim para o casamento, devendo os candidatos atingir uma idade apropriada e condizente não apenas fisicamente, como também moral, psíquica, mental e econômica para a nova realidade ou o novo estado que se passa a pertencer. (RIZZARDO, 2019, p. 83).

No entanto, é permitido o casamento para aqueles maiores de 16 anos e menores

de 18 anos, mediante autorização dos pais ou representantes legais.

Completa Maria Berenice Dias:

> Dos 16 até os 18 anos as pessoas são relativamente incapazes (CC 4.º) e precisam ser assistidas para os atos da vida civil. Até completarem a maioridade civil, é necessária autorização dos pais para casar (CC 1.634 III). No entanto, se o filho estiver emancipado, não é necessária a autorização dos genitores (DIAS, 2016, p. 269).

É indispensável que os genitores dos nubentes estejam de pleno acordo, pois caso um deles não anuir, é possível ainda, recorrer à autorização do juiz para o consentimento do casamento, de acordo com o artigo 1.517, parágrafo único e artigo 1.631, parágrafo único do Código Civil.

Os impedimentos para o casamento são as condições impostas pela Lei para que celebre o matrimônio sem vícios, impedindo a união de uma pessoa com outra determinada pessoa. Estão regulados nos incisos I, II, III, IV, V, VI e VII do artigo 1.521 do Código Civil. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002).

Todavia a incapacidade núbil se refere a inaptidão da pessoa para casar com quem quer que seja, desde que com idade para tal ou como no caso de 16 anos, sendo necessário discernimento.

Logo o impedimento se refere a legitimação do casamento para determinada pessoa, impondo limite na escolha do indivíduo com quem constitua um vínculo matrimonial.

9 O IDOSO NA SOCIEDADE E NO ORDENAMENTO JURÍDICO

As pesquisas apontam que a expectativa de vida do brasileiro alcançou a maior média da história, no campo social, devido ao crescimento constante dos idosos na população, a contar dos 60 anos de idade em diante.

Os idosos, motivado pelos fatores econômicos e emocionais, estão indo em busca de participar de atividades físicas, mesmo após aposentados atuam como autônomos no mercado de trabalho, tudo para se sentirem membros atuantes na sociedade e ter uma mente ativa.

Alternâncias na vida dos idosos também ocorrem no âmbito familiar, o aumento da expectativa de vida, despertou neles sonhos, desejos para realizarem, não havendo limite de idade para uma vida amorosa e sexual.

O Correio Braziliense do Brasil, publicou uma pesquisa feita pelo IBGE, que

afirmam o aumento da expectativa de vida do brasileiro:

> A expectativa de vida do brasiliense é hoje de 78,6 anos. Até 2060, haverá o incremento de quatro anos, quando se viverá 82,7 anos. No mesmo ano, a cidade terá a menor taxa de fecundidade do país: 1,5 filho por mulher. Hoje o índice é de 1,68. O envelhecimento da população do DF também terá destaque. Se hoje a população de 65 anos ou mais representa 6,9% da população, esse indicador chegará a dois dígitos em 2030 (11,5%) e saltará a 26,1% em 2060. O índice do DF será seis pontos percentuais menor que o da média nacional (BRASIL, Correio Braziliense).

O tratamento respeitoso e preferencial ao idoso é essencial para produzir na sociedade e na família o entendimento que, não são inaptos de tomarem decisões ou um fardo para serem suportados, mas sim alguém detentor de dignidade humana, tendo algo ainda a oferecer.

Nesse sentido, destaca Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

> A devida reverência a todos aqueles que sobreviveram às batalhas da vida e, agora, encontram menos vigor em seus corpos físicos é um imperativo de justiça e uma decorrência necessária do princípio geral da proteção à dignidade da pessoa humana, bem como, em especial, do princípio da solidariedade social. Nesse ponto, importa observar que a mudança no tratamento ao idoso, em nosso País, afigurou-se imperiosa, premente e necessária.(GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 117).

A condição de idoso no Brasil é adquirida quando atingido os 60 anos de idade, conforme o artigo 1º da Lei 10.741/2003 do Estatuto do Idoso, logo a condição é protegida pela Constituição Federal previsto no artigo 230 “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

De acordo com a Constituição Federal é vedada descriminação com relação à idade e o dever de cuidar do idoso foi imposta a todos, para garantir o respeito a sua dignidade e bem-estar, assegurando a participação na sociedade, desse modo realçar os direitos do idoso.

9.1 A terceira idade segundo o Estatuto do Idoso

A Lei 10.741, conhecida como Estatuto do Idoso, foi publicada no ano de 2003, veio para cumprir o comando constitucional, aplica em seus artigos, uma série duradoura de privilégios e direitos às pessoas com mais de 60 anos de idade. No entanto, para aqueles maiores de 65 anos, tem o benefício de cuidados ainda mais significativos.

Os princípios que valorizam a pessoa humana e que são consagrados pela Constituição Federal de 1988, foram expressamente previstos no artigo 2º do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), tais como a liberdade e a integridade física e a integridade moral.

O Estatuto, toda via, busca garantir ao indivíduo idoso, todos os direitos assegurados aos demais, sem caracterização em virtude da idade, ressalvados os casos necessários devido as peculiaridades dessa fase da vida. Assim, o simples fato de envelhecer não deve ser visto como fator de exclusão de direitos.

Nesse sentido, declara Maria Berenice Diniz:

> O Estatuto se constitui em um microssistema e tem o mérito de reconhecer as necessidades especiais dos mais velhos, estipulando obrigações ao Estado. Deve ser considerado como um verdadeiro divisor de águas na proteção do idoso. Não se trata de um conjunto de regras de caráter programático, pois são normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que têm aplicação imediata (CF 5.º § 1.º) (DIAS, 2016, p. 1103).

O Estatuto do Idoso é um conjunto de regras que determina alguns direitos para as pessoas da terceira idade. O referido estatuto busca proteger os idosos, como está previsto em seu artigo 8° "o envelhecimento é um direito personalíssimo, e a sua proteção um direito social".

9.2 Os Princípios Constitucionais aplicáveis ao Direito de Família

Os princípios exercem uma função de aprimoração do Direito, de modo que, sua força deve pairar sobre toda organização jurídica, preenchendo lacunas deixadas por outras normas, servindo como instrumentos orientadores de todo o ordenamento jurídico.

Esclarece sobre a importância dos princípios serem previstos na Constituição Federal, Rolf Madaleno:

> Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional (MADALENO, 2015, p. 80).

O descumprimento de um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma, se reveste de ilegalidade e inconstitucionalidade de modo que o direito de família, assim como os demais ramos do direito deve observá-los tais princípios, pois representa insurgência contra todo o sistema e a desordem de seus valores fundamentais.

Contudo, o sistema de principiologia do direito de família dependem do reconhecimento dos doutrinadores, tornando imperfeita, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

> Isso porque, não sendo dever da legislação a positivação de princípios, cabe à doutrina o reconhecimento de sua autonomia científica. Daí, qualquer apresentação de um rol de princípios dependerá da visão metodológica de cada autor, o que, por certo, não será diferente conosco. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 93)

Assim, serão abordados três princípios cuja base é fundamental para a compreensão do tema do presente trabalho, a saber, os princípios da proteção da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

9.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O presente princípio está estabelecido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, prontamente tem valor fundamental no ordenamento jurídico, acarretando a função de garantir aos cidadãos seus direitos, acima de todo preço o respeito e proteção devidos. Define muito bem a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

> Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias — estatais ou particulares — na realização dessa finalidade (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 95 e 96).

O Direito Constitucional tornou-se responsável por regular as relações humanas, que anteriormente ditas como privadas reguladas pelo Direito Civil, pois não há no ramo do Direito Privado dignidade humana que seja mais relevante que o Direito de Família. Sendo assim, os interesses individuais são correspondentes a necessidades fundamentais do homem, tendo o Direito Constitucional o dever de proporcionar meios que os levem a viver e se relacionar de uma forma mais solidária, com respeito pelo outro.

Segundo a declaração de Rolf Madaleno:

> Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático

> de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional (MADALENO, 2018, p.97).

O princípio da dignidade humana agrega em si uma fonte de direitos e garantias fundamentais, ampliando uma necessidade de justiça social e espaço de integridade moral do ser humano. Logo seu conteúdo é amplo, envolvendo valores materiais, saúde e educação, dentre outros. A dignidade reflete um conjunto de valores patrimonial e moral do homem.

Sobre a proteção da dignidade humana a respeito da obrigatoriedade do regime da separação de bens, critica Rolf Madaleno:

> Não protege o Código Civil a dignidade do homem quando lhe restringe o direito de eleger livremente o seu regime de bens, pois se o considera incapaz a priori, só pela idade, melhor seria, então, impedir o casamento, uma vez que isto seria mais coerente com a antiga presunção de incapacidade que também desapareceu com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) (MADALENO, 2018, p.119).

9.2.2 Princípio da Igualdade

É considerável destacar que o princípio da dignidade humana, abordado anteriormente, tem como uma de suas maiores sustentações o princípio da igualdade, impedindo que ocorra qualquer tratamento de discriminação entre os gêneros sexuais.

O princípio da igualdade tem como objetivo garantir o direito igual para os cidadãos perante a lei, que representa um avanço inegável no Direito Brasileiro. Diante de sua adversidade de incidências, será citada as relações de família, sendo o maior destaque, a igualdade entre homens e mulheres.

Para demonstrar a consagração do princípio da igualdade em nível constitucional, declara Rolf Madaleno:

> No Direito de Família, a revolução surgida com o advento da Constituição Federal de 1988 retirou de sua gênese o caráter autoritário da prevalência da função masculina quando tratou de eliminar as relações de subordinação até então existentes entre os integrantes do grupo familiar. O Direito de Família, constitucionalizado em 1988, impõe aos cidadãos um modelo único de moral familiar, por mais paradoxal que pareça ao atual sistema plural de formação do núcleo familiar. Fórmula que se distancia das antigas exigências de ordem pública, quando o legislador impunha uma concepção coercitiva única de sexualidade, de matrimônio e de relações inspiradas exclusivamente na noção de submissão e de dependência da mulher, e que tinha o seu arsenal legislativo no valor patrimonial das relações pessoais. (MADALENO, 2018, p. 97).

Com a regulamentação instituída, foi abolido o poder marital sobre a mulher, de

servir apenas para tarefas domésticas e procriação, adquirindo seus direitos e deveres iguais, marco este ocorrido em 1988, estabelecido pela Constituição Federal em seu artigo 226 § 5º "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher." (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Essa igualdade entre cônjuges, não necessita que sejam casados civilmente para merecerem tratamento igualitário, pois ele alcança todas as relações afetivas, sobretudo a igualdade das pessoas, no qual é sustentado pelo Estado Democrático de Direito.

Esse princípio é de suma importância em nosso ordenamento jurídico, cujo a finalidade é o tratamento igual e justo perante todos os cidadãos, sem nenhuma distinção, seja ela por cor, raça ou credo.

9.2.3 Princípio da Liberdade

O começo da liberdade está previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, tendo como objetivo construir uma sociedade livre, no qual o cidadão pode tomar decisões por vontade própria, salvo aquelas em virtude da Lei, conforme estabelecido "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Início do livre-arbítrio, tem grande importância no âmbito familiar, uma vez que tal liberdade consiste na coordenação das necessidades para realização de felicidade pessoal, dentre os seguintes itens citados por Carlos Roberto Gonçalves:

> Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, seja pelo casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado, como dispõe o supramencionado art. 1.513 do Código Civil. Tal princípio abrange também a livre decisão do casal no planejamento familiar (CC, art. 1.565), intervindo o Estado apenas para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito (CF, art. 226, § 7º); a livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, arts. 1.642 e 1.643) e opção pelo regime de bens mais conveniente (art. 1.639); a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (art. 1.634); e a livre conduta, respeitando-se a integridade físicopsíquica e moral dos componentes da família. (GONÇALVES, 2017, p. 26).

9.3 Intervenção do Estado na Vida Privada

Ao Estado cabe o dever de proteger, oferecer apoio e auxílio aos cidadãos, como estabelecido pela Constituição Federal em seu artigo 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. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Todavia, é vedada ao Estado intervir na estrutura familiar, visto que é de livre escolha do casal o planejamento familiar, de acordo com o artigo 1.165 § 2º do Código Civil "O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas." (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002).

É vedada a interferência do Estado ainda, segundo o Código Civil de acordo o disposto no artigo 1.513 "É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família." (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002).

Esclarece Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, quando é adequada e quando não é a interferência do Estado:

> Não cabe, portanto, ao Estado, intervir na estrutura familiar da mesma maneira como (justificada e compreensivelmente) interfere nas relações contratuais: o âmbito de dirigismo estatal, aqui, encontra contenção no próprio princípio da afetividade, negador desse tipo de agressão estatal. Nesse diapasão, ao encontro do que dissemos acima, não se poderia admitir, por exemplo, que somente o Estado Legislador pudesse moldar e reconhecer — em standards apriorísticos — os núcleos familiares. De maneira alguma. Ao Estado não cabe intervir no âmbito do Direito de Família ao ponto de aniquilar a sua base socioafetiva. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 127).

10 ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1641 INCISO II DO CÓDIGO CIVIL

Prevista no art. 1641, II, do Código Civil de 2002, a norma que estabelece o regime de separação absoluta de bens para os casamentos realizados por pessoas maiores de 70 anos, consiste em objeto de muitas críticas, não apenas pelos doutrinadores, mas também pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo.

Nessa sequência, nos próximos tópicos serão analisados os argumentos a favor e contra a manutenção desse dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de verificar a sua constitucionalidade.

10.1 Análise Legislativa

A imposição do regime da separação legal de bens, em decorrência da idade dos nubentes, foi imposta inicialmente pelo Código Civil de 1916, em seu artigo 258, parágrafo único, inciso II. (BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916).

Um limite de idade para escolha do regime, foi estabelecido, posteriormente a este o regime da separação de bens passava ser obrigatório, para os homens maiores de 60 anos de idade e para mulheres maiores de 50 anos de idade. Sendo ainda a época, fruto discriminatório as mulheres, quando elas eram colocadas em situação de subordinação ou inferioridade.

A evolução da igualdade e no decorrer dos anos, o dispositivo foi muito criticado pela sociedade, quando então veio a publicação da Constituição Federal de 1988, sendo instaurada no ordenamento jurídico uma nova ordem alinhada com o princípio da igualdade entre homens e mulheres, valoração da dignidade humana e liberdade de escolha, consequentemente alguns itens do Código Civil tiveram que ser revidados.

Em 2002 por meio da Lei 10.406, foi publicado o novo Código Civil, no qual manteve a imposição do regime da separação legal de bens, estabelecendo o limite de idade de 60 anos tanto para os homens quanto para as mulheres, em seu artigo 1.640 inciso II, do Código Civil. (BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916).

Depois do novo o Código Civil, a permanência da imposição do regime da separação obrigatória de bens ao idoso, novas ressalvas foram levantadas, logo as críticas vieram por meio de apresentações de Projetos de Leis, visando alterar o limite de idade de 60 anos ou ainda revogar o referido dispositivo.

Dentre todos se destacou o Projeto de Lei 108/2007, autoria da Deputada Federal Solange Amaral, cuja justificativa para alteração, foi fundada no aumento da expectativa de vida do brasileiro:

> Nos primórdios do Século XX, a expectativa de vida média do brasileiro variava entre 50 e 60 anos de idade, a Lei No. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, o que condicionou o legislador a estabelecer que nos casamentos envolvendo cônjuge varão maior de 60 anos e cônjuge virago maior de 50 anos deveria ser observado o Regime de Separação Obrigatória de Bens, norma expressa no inciso II do Art. 258 daquele Estatuto. Em decorrência dos avanços da ciência e da engenharia médica, que implicou profundas transformações no campo da medicina e da genética, o ser humano passou a desfrutar de uma nova e melhor condição de vida, resultando em uma maior longevidade. Tais mudanças induziram o legislador a aperfeiçoar o Código Civil de 1916, por intermédio da redação que substituiu o antigo Art. 256 pelo inciso II do Art. 1.641, que trata do Regime de Bens entre os cônjuges. Tal alteração estipulou que homens e mulheres, quando maiores de 60 anos, teriam, obrigatoriamente, de casar-se

> segundo o Regime de Separação de Bens. Hoje, no entanto, em pleno Século XXI, essa exigência não mais se justifica, na medida em que se contrapõe às contemporâneas condições de vida usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia. Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos. Em virtude dessa realidade, impõe-se seja alterado o inciso II do Artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro, com o objetivo de adequá-lo a uma nova realidade, para que o Regime Obrigatório de Separação de Bens só seja exigível para pessoa maior de 70 anos. Pelas razões expostas, e por entender que esta proposição consolidará uma situação fática vivenciada por todos os brasileiros, conto com o apoiamento de nossos Pares para a aprovação desta iniciativa. (BRASIL, Câmara dos Deputados, Projetos de Leis).

Logo, como consequência da inquietação legislativa, o Projeto de Lei 108/2007 foi aprovado e convertido na Lei 12.344 publicada em 2010, no qual foi alterado o inciso II, artigo 1.641 do Código Civil de 2002, para que a obrigatoriedade do regime de separação de bens fosse aplicada para as pessoas maiores de 70 anos idade e não mais de 60 anos de idade.

Contudo, mesmo alterando o dispositivo, para reconhecer a igualdade entre homens e mulheres e aumentar o limite de idade segundo a expectativa de vida, ainda permanecem discordâncias na imposição da separação obrigatória de bens para idoso, uma vez que não atendem aos princípios previstos no ordenamento jurídico.

Entre vários direitos, preferências e garantias oferecidas ao idoso, o Estatuto do Idoso por meio dos artigos 8 e 9 da Lei 10.741 de 2003, vem reforçar o direito assegurado pela Constituição Federal de 1988, no qual consiste em envelhecer com dignidade. (BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003).

Nesse sentido, tramita o Projeto de Lei 2.285/2007, de autoria do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, propondo a criação do Estatuto das Famílias, que criaria um microssistema próprio, consequentemente revogando as normas do Código Civil aplicáveis ao Direito de Família, passando a vigorar tal estatuto, justifica ainda a respeito da supressão da obrigatoriedade do regime de separação de bens:

> [...]Por seu caráter discriminatório e atentatório à dignidade dos cônjuges, também foi suprimido o regime de separação obrigatório, que a Súmula 377 do Supremo Tribuna Federal (STF) tinha praticamente convertido em regime de comunhão parcial. Definiu-se, com mais clareza, quais os bens ou valores que estão excluídos da comunhão parcial, tendo em vista as controvérsias jurisprudenciais e a prática de sonegação de bens que devem ingressar na comunhão.[...] (BRASIL. Câmara dos Deputados, Projetos de Leis).

Outro Projeto de Lei 189/2015, de autoria do Deputada Federal Cleber Verde, cuja justificativa para revogação, entre seus argumentos, destaca-se a violação dos princípios

aqui mencionados, previsto no ordenamento jurídico:

> [...] Não podemos esquecer que, mesmo recebendo influências diretas da Constituição Federal, o Direito das Famílias não perdeu a característica de ser parte integrante do direito privado, uma vez que há em nosso ordenamento o princípio da liberdade nas relações de família. Se é com base no princípio da liberdade que impedimos que o Estado venha a interferir nas relações de cunho privado, entendemos que cabe ao ser humano decidir seu futuro com responsabilidade e equilíbrio, agindo com boa-fé e sempre visando seu engrandecimento pessoal e familiar. Manter uma limitação no que tange a liberdade patrimonial do maior de 70 anos impedindo-lhe livre escolha de regime de bens é uma verdadeira infelicidade, pois é como se o Estado estivesse desrespeitando o princípio da liberdade (ou da não intervenção) impondo que o regime da separação obrigatória é o melhor para fortalecer a família que será formada. A Constituição Federal veda qualquer tipo de discriminação, seja por cor, credo, raça, opção sexual ou idade. Nosso hodierno Direito Civil é composto de cláusulas abertas (ou vetores de interpretação), que possibilitam ao aplicador e intérprete do Direito Privado ir além do previsto na lei, devendo atentar-se em cumprir suas verdadeiras finalidades, com base em princípios como os da boa-fé, eticidade e função social. Se o contexto familiar se funda em dignidade da pessoa humana, solidariedade, respeito de seus entes para estabelecerem e desfrutarem de uma vida em comunhão, não seria um retrocesso praticado pelo legislador continuar com a obrigatoriedade do regime de separação de bens nos casos do artigo 1.641, II do Código Civil, ignorando todo o processo de repersonalização do Direito de Família. [...] (BRASIL. Câmara dos Deputados, Projetos de Leis).

Com análise legislativa, observando a exposição dos projetos de leis, bem como da evolução do Direito Civil, o Poder Legislativo se demonstra ser favorável à revogação da obrigatoriedade do regime de separação de bens imposto aos maiores de 70 (setenta) anos, uma vez que é que incompatível com a Constituição Federal e com o atual Direito de Família.

10.2 Análise Doutrinária

Da análise legislativa fica evidente que existe uma grande repercussão quanto a constitucionalidade do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, que prevê a obrigatoriedade do regime da separação de bens, no entanto, ainda que exista questionamentos a respeito da manutenção ou ainda revogação deste, o dispositivo permanece vigente.

Do mesmo modo, de forma considerável, alguns doutrinadores discordam da imposição legislativa do presente artigo, como Flavio Tartuce, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e Arnaldo Rizzardo, a respeito da obrigatoriedade do regime da separação de bens para maiores de 70 anos de idade, devido a incompatibilidade dos princípios e fundamentos, previstos pela Constituição Federal de 1988.

A respeito da maioria dos doutrinadores se posicionarem quanto a inconstitucionalidade do presente artigo, destaca Carlos Roberto Gonçalves: “A doutrina, de forma quase unânime, tem-se posicionado nesse sentido.” (GONÇALVES, 2017, p. 610).

E ainda, sobre a movimentação e inquietação quanto a obrigatoriedade, reforça Flavio Tartuce: “De fato, há posicionamento convincente na doutrina segundo o qual essa previsão é inconstitucional. (TARTUCE, 2019, p. 221).

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o dispositivo consiste em uma afronta ao princípio da isonomia, pois ali simula uma interdição parcial do idoso, conforme exposto a seguir:

> O que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso. Avançada idade, por si só, como se sabe, não é causa de incapacidade! Se existe receio de o idoso ser vítima de um golpe por conta de uma vulnerabilidade explicada por enfermidade ou deficiência mental, que seja instaurado procedimento próprio de interdição, mas disso não se conclua em favor de uma inadmissível restrição de direitos, simplesmente por conta da sua idade. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 366 e 367.)

Segundo Flavio Tartuce, há uma forma de preconceito, baseando-se pela realidade “o dispositivo atacado é totalmente dissonante da realidade pós-moderna ou contemporânea, que tende a proteger a pessoa. Realmente, ao contrário de ser uma norma de tutela, trata-se de uma norma de preconceito.” (TARTUCE, 2019, p.221).

É notável que o dispositivo visa proteger o patrimônio do idoso, tornando esquecido o real motivo do matrimônio, no qual consiste no afeto, pois no final os interesses e vantagens quanto a herança são o que prevalecem, segundo entendimento de Flavio Tartuce:

> De imediato, insta notar que o casamento, para o idoso, não trará prejuízos afetivos, mas vantagens, ainda mais se contraído com pessoa mais jovem. Vale ainda se lembrar do antigo provérbio a respeito da herança: “o filho bom não precisa, o filho ruim, não merece”. (TARTUCE, 2019, p. 220).

Com relação a alteração do dispositivo, na idade de 60 anos para 70 anos devido à mudança da expectativa de vida, porém ainda permanecer vedação da escolha do regime ao idoso, não muda a forma da legislação interditar parcialmente o mesmo, diz Arnaldo Rizzardo:

> A alteração teve em conta a liberdade que se deve assegurar aos que pretendem casar, podendo dispor de seu futuro, constituindo uma opção a possibilidade

> de contrair núpcias com uma pessoa mais interessada em interesses patrimoniais. No entanto, permanece a ofensa em a pessoa dispor de sua vida. É incontroverso que se impôs uma parcela de interdição às pessoas com tal idade. A mudança de idade teve em conta a evolução da medicina e da qualidade da saúde, que trouxe avanços na integridade física e mental do ser humano, apesar de atingir setenta ou mais anos. (RIZZARDO, 2019, p. 1048).

Desse modo, com a análise doutrinaria realizada compreende-se que o entendimento da maioria é pela inaplicabilidade do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos, haja vista que essa idade, por si só, não caracteriza incapacidade, além de que, tal imposição investe contra os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, previstos pela Constituição Federal de 1988.

10.3 Análise Jurisprudencial

Da mesma forma que demonstra a análise legislativa e doutrinária, pela inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, que dispõe o sobre a obrigatoriedade do regime da separação de bens aos maiores de 70 anos de idade, também se manifesta o Poder Judiciário, se fazendo necessária uma análise a respeito, por meio de suas decisões e casos concretos.

Visando minimizar os efeitos dessa obrigatoriedade, em 08 de maio de 1964 foi publicada a Súmula 377 pelo Supremo Tribunal Federal, onde determina que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal).

A Súmula 377, teve como uma de suas funções, evitar o enriquecimento sem causa entre os nubentes, assim explica Rolf Madaleno:

> Está sedimentado que um dos evidentes propósitos do Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula n. 377, a par da questão pontual do artigo 259 do Código Civil de 1916, também foi o de evitar o enriquecimento ilícito nos casamentos de imposição do regime da separação de bens, porque o patrimônio adquirido na constância do casamento pelo esforço comum terminava em mãos de só um dos cônjuges, de hábito o varão, sob cuja titularidade restava inscrito o acervo construído durante toda a história do matrimônio. (MADALENO, 2018, p. 126).

Assim os bens adquiridos durante o casamento são comunicáveis, criou na separação legal de bens, algo parecido com a comunhão parcial de bens, tornando necessária anuência do cônjuge, esclarece Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

> Ora, se existe a possibilidade de meação na separação obrigatória é porque,

> logicamente, não poderemos reputá-la "absoluta", havendo, portanto, razão e interesse na manutenção da autorização do outro cônjuge. Em suma, somente os cônjuges casados sob o regime de separação convencional (absoluta) de bens estão dispensados da necessidade da autorização conjugal para a prática dos atos previstos no art. 1.647 do Código Civil. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 356).

Com a edição da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, foi instalada um debate a respeito da necessidade da comprovação de esforço comum de ambos os cônjuges, segundo Flávio Tartuce "Isso porque não é pacífica a questão quanto à necessidade ou não de prova de esforço comum para a citada comunicação prevista na Súmula 377 do STF." (TARTUCE, 2019, p.227).

Inicialmente concluindo pela necessidade da comprovação de esforço comum, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça com o seguinte informativo de número 628:

> DIREITO CIVIL. Casamento contraído sob causa suspensiva. Separação obrigatória de bens (CC/1916, art. 258, II; CC/2002, art. 1.641, II). Partilha. Bens adquiridos onerosamente. Necessidade de prova do esforço comum. Pressuposto da pretensão. Moderna compreensão da Súmula 377/STF. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento que encontrava dissonância no âmbito da Terceira e da Quarta Turma. De início, cumpre informar que a Súmula 377/STF dispõe que "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". Esse enunciado pode ser interpretado de duas formas: 1) no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, sendo presumido o esforço comum na aquisição do acervo; e 2) no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. No entanto, a adoção da compreensão de que o esforço comum deve ser presumido (por ser a regra) conduz à ineficácia do regime da separação obrigatória (ou legal) de bens, pois, para afastar a presunção, deverá o interessado fazer prova negativa, comprovar que o ex-cônjuge ou ex-companheiro em nada contribuiu para a aquisição onerosa de determinado bem, conquanto tenha sido a coisa adquirida na constância da união. Torna, portanto, praticamente impossível a separação dos aquestos. Por sua vez, o entendimento de que a comunhão dos bens adquiridos pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, parece mais consentânea com o sistema legal de regime de bens do casamento, recentemente adotado no Código Civil de 2002, pois prestigia a eficácia do regime de separação legal de bens. Caberá ao interessado comprovar que teve efetiva e relevante (ainda que não financeira) participação no esforço para aquisição onerosa de determinado bem a ser partilhado com a dissolução da união (prova positiva). (EREsp 1.623.858-MG, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), por unanimidade, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência).

No entanto, em sentido contrário, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem entendimento diverso, que para direito aos bens adquiridos na constância do casamento, que são os bens comunicáveis, informa que independe de esforço comum, conforme

julgado seguinte:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCEDIMENTO DE INVENTÁRIO - INSURGÊNCIA CONTRA PARTE DA DECISÃO QUE DEFERIU A HABILITAÇÃO DA VIÚVA DO FALECIDO - REGIME DE BENS - SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA - COMUNHÃO DOS AQUESTOS - INCIDÊNCIA DO VERBETE Nº 377 DO STF - ESFORÇO COMUM - COMPROVAÇÃO - DESNECESSIDADE - REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. - Cuida a hipótese de Agravo de Instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto contra parte da decisão que deferiu a habilitação da Agravada no inventário dos bens do seu falecido marido, ao fundamento de que embora casados sob o regime da separação total de bens, ostenta ela a condição de meeira dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento em razão da presunção de esforço comum para a aquisição dos bens, conforme entendimento assentado no Verbete Sumular nº 377 do Supremo Tribunal Federal - Imposição do regime da separação obrigatória de bens pelo artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002 que não afasta a possibilidade de comunicabilidade dos bens adquiridos por qualquer dos cônjuges a título oneroso na constância do casamento, independentemente da comprovação do esforço comum. Aplicabilidade do Verbete Sumular nº 377 do E. Supremo Tribunal Federal - Recurso conhecido e desprovido. (TJ-RJ - AI: 00196515220198190000, Relator: Des(a). CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA, Data de Julgamento: 02/10/2019, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL). (BRASIL, JUSBRASIL).

Em regra no regime da separação obrigatória de bens, se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento, exceto no que consiste em direito sucessório, conforme uma jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde o cônjuge sobrevivente tem direito a herança por inteiro e isoladamente, incluindo os bens adquiridos anteriormente ao casamento, ou seja, os bens particulares, devido a ordem hereditária disposto no artigo 1.829, inciso III e artigo 1.838, ambos do Código Civil de 2002:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO SUCESSÓRIO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. CASAMENTO DO AUTOR DA HERANÇA SOB O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. IMÓVEL ADQUIRIDO ANTES DO MATRIMÔNIO. PRETENSÃO DA IRMÃ DO DE CUJUS DE SER MANTIDA COMO INVENTARIANTE. HERDEIRO COLATERAL. INDEFERIMENTO. ACERTO. 1. Regime de separação obrigatória de bens estabelecido por ocasião do matrimônio do autor da herança ainda sob a égide do Código Civil de 1916. Aplicação ao caso concreto das regras do direito sucessório estabelecidas pelo atual Codex, já que o falecimento dos cônjuges ocorreu, sucessivamente, na vigência do Código Civil de 2002. 2. Na ausência de descendentes e de ascendentes, bem como de qualquer disposição testamentária, ao cônjuge sobrevivente deverá ser deferida a sucessão por inteiro e isoladamente, independentemente do regime de bens adotado no casamento. Inteligência do artigo 1.829, III e artigo 1.838, ambos do CC/02. Precedente do STJ. 3. O fato da aquisição do imóvel inventariado ter ocorrido (em 1966) antes da celebração do matrimônio (em 1982) em nada aproveita à tese recursal. Linha sucessória que, prima facie, não alcança os eventuais herdeiros colaterais, porquanto o cônjuge mulher era a herdeira necessária por ocasião do falecimento do autor da herança (artigo 1845, CC/02). MANUTENÇÃO DO DECISUM. DESPROVIMENTO DO

> RECURSO. (TJ-RJ - AI: 00504371620188190000 RIO DE JANEIRO SAO JOAO DE MERITI 1 VARA CIVEL, Relator: Des(a). SERGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES, Data de Julgamento: 04/12/2018, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL). (BRASIL, JUSBRASIL).

Vale destacar ainda, que o regime da separação obrigatória de bens de acordo com artigo 1.641 inciso II do Código Civil de 2002 e após a modificação em 2010, não prevalece para aqueles que tenham iniciado uma convivência conjugal antes de completarem os 60 ou 70 anos de idade, neste caso, realizado matrimônio mediante a obrigatoriedade, poderá ser solicitada a modificação do regime de bens sem nenhum impedimento, desde que apurada as provas e razões em juízo, para que possam escolher livremente o regime de bens de sua preferência, conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça da Paraíba:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO TOTAL POR OBRIGATORIEDADE DA REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 1.641 DO CC. CÔNJUGE VARÃO COM IDADE SUPERIOR A 60 ANOS. MODIFICAÇÃO DA REGRA PELA LEI Nº 12.344/2010. AMPLIAÇÃO DA IDADE PARA 70 ANOS. UNIÃO ESTÁVEL DE DUAS ANTES DO CASAMENTO. DÉCADAS. APLICAÇÃO DO ART. 1.639, § 2º DO CC. PROVIMENTO. - A Lei Nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010 alterou a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), aumentando para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se tornou obrigatório o regime da separação de bens no casamento - Aquele que foi obrigado a se casar pela separação absoluta por conta da redação original do art. 1641, II, do Código Civil pode pleitear a alteração no regime de bens, desde que na data da propositura da ação judicial não seja septuagenário - A obrigatoriedade do regime legal da separação de bens constante do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil não deve prevalecer quando a convivência tenha se iniciado antes de um dos companheiros atingirem 60 anos (ou 70 anos, após modificação de redação dada pela Lei nº 12.344/2010). (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00001438320148150881, 3ª Câmara Especializada Cível, Relator DESA. MARIA DAS GRAÇAS MORAIS GUEDES , j. em 25-04-2019). (TJ-PB 00001438320148150881 PB, Relator: DESA. MARIA DAS GRAÇAS MORAIS GUEDES, Data de Julgamento: 25/04/2019, 3ª Câmara Especializada Cível) (BRASIL, JUSBRASIL).

Há jurisprudência que julga o artigo 1.641, II do Código Civil ser constitucional, considerando a busca em proteger a pessoa idosa de casamentos realizados com exclusiva finalidade patrimonial, assim resguardando seus bens patrimoniais, no qual é igualmente aplicável ao casamento e à união estável, de acordo com Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Agravo de instrumento. Inventário. Decisão que determinou a apresentação de plano de partilha pela inventariante, com observância da sistemática introduzida pelo RE nº 646.721/RS, e declarou a inconstitucionalidade do art. 1.641, II do CC. Irresignação. Regime da separação obrigatória de bens que, ao restringir a autonomia de vontade dos nubentes, busca proteger a pessoa

> idosa de casamentos realizados com exclusiva finalidade patrimonial. Inconstitucionalidade não configurada. Restrição legal que se aplica igualmente ao casamento e à união estável. Precedentes do STJ e desta Corte. Companheira que, no entanto, tem direito à metade dos bens adquiridos durante a união estável. Incidência da Súmula nº 377 do STF. Decisão reformada. Agravo provido. (TJ-SP - AI: 20945148120188260000 SP 2094514-81.2018.8.26.0000, Relator: Alexandre Marcondes, Data de Julgamento: 25/06/2019, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/06/2019). (BRASIL, JUSBRASIL).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente foi realizado um breve estudo sobre o matrimônio, que consiste na união e afeto de duas pessoas e consequentemente na escolha dos regimes de bens impostos pelo ordenamento jurídico, para o melhor entendimento dos direitos e deveres de cada um deles. Os regimes de bens regidos pelo Código Civil são a comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação de bens e participação final nos aquestos.

As espécies de regimes de bens estudadas, serviram para que fosse possível verificar quais as opções de regime estão sendo excluídas dos nubentes maiores de 70 anos de idade, isentando estes de fazer uma escolha. Na oportunidade foi apresentada as características de cada um dos regimes, nos quais estão disponíveis a todos.

Adiante, foi analisado o destinatário dessa norma, demonstrando a obrigação que o Estado e a sociedade têm de proteger e cuidar do idoso, sendo possível notar que as normas assegurando direitos a terceira idade tardaram a ser implantadas, somente se concretizou com a Constituição Federal de 1988 e logo depois com a publicação do Estatuto do Idoso.

O artigo 1.641 inciso II do Código Civil de 2002, vale destacar, que sofreu algumas manutenções, no sentido de alterar o limite de idade, até chegar aos 70 anos de idade nos dias atuais, devido a expectativa de vida, que aumentou de acordo com a saúde e qualidade de vida, bem como a crescente atuação na sociedade, mediante estudos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas.

No Código Civil de 1916 o direito patrimonial se excedia sobre os direitos inerentes à pessoa, sendo que a proteção ao patrimônio era o principal objetivo. Com alterações nas estruturas do cenário brasileiro, em 1988 foi promulgada a Constituição Federal que consagrava como principais fundamentos a dignidade humana, a liberdade e a igualdade.

Este trabalho de conclusão de curso buscou analisar se existe a inconstitucionalidade do artigo 1.641 inciso II do Código Civil de 2002, que dispõe a

obrigatoriedade do regime da separação legal de bens, para aqueles que forem maiores de 70 anos de idade. Desse modo, a imposição do referido artigo imposta pelo legislador, de início contradiz a liberdade de escolha do regime de bens, conforme é descrito no artigo 1.639 do Código Civil de 2002, garantindo aos nubentes a livre escolha do que melhor lhe convier. Dessa forma, sob essa nova perspectiva, vários avanços foram feitos no Direito de Família, como a igualdade entre homens e mulheres, todavia tal evolução não foi verificada quanto a imposição do regime de separação obrigatória de bens, no qual existe uma discriminação com relação a determinada idade.

Da análise legislativa é possível verificar a evolução do Código Civil de 1916 ao ano de 2002, quanto a regime obrigatório, bem como a manutenção do artigo de acordo com a publicação da Lei 12.344 de 2010, com alteração do limite da idade para 70 anos, e ainda as discussões levantadas nos projetos de lei, que tramitam no Poder Legislativo.

Sob análise doutrinária, parte majorante, de acordo com alguns autores como Flavio Tartuce, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e Arnaldo Rizzardo, que se posiciona no sentido da inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime, pela violação escancarada dos princípios constitucionais.

Do ponto de vista jurisprudencial, se fez necessária, primeiramente análise da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que prevê que os bens adquiridos na constância do casamento são comunicáveis, consistindo em evitar o enriquecimento sem causa.

Finalmente, foram analisados também julgamentos, a respeito da constitucionalidade considerando a proteção à pessoa idosa, visando resguardar o patrimônio dos maiores de 70 anos de idade, daqueles nubentes que possam por ventura estar com interesse em apenas ganho patrimonial em proveito da idade do outro, bem como aqueles julgados que aduz não prevalecer a obrigatoriedade aos que tenham iniciado uma convivência conjugal antes de completarem os 60 ou 70 anos de idade, podendo ser solicitada a modificação do regime de bens sem nenhum impedimento.

Em vista disso, após análise nos âmbitos legislativo, doutrinário e jurisprudencial, é possível verificar que o regime de separação obrigatória de bens imposto aos maiores de 70 anos de idade, entra em colisão com a Constituição Federal, que presume a discriminação no princípio da igualdade, a incapacidade do idoso no princípio da liberdade, e consequentemente, o desrespeito na dignidade humana.

À face do exposto, pode se concluir então, pela inconstitucionalidade do artigo

1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, que impossibilita aos nubentes maiores de 70 anos de idade, escolher livremente o regime de bens que norteará os aspectos patrimoniais no casamento e que melhor lhes aprouver conforme previsto no Código Civil e na Constituição Federal.

Referências

BRASIL. **Câmara dos Deputados, Projetos de Leis**. Disponível em < https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=108&an=2007&autor=&inteiroTeor=&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=%5BPL++Projeto+de+Lei%5D&data=13/10/2019&page=false>.

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

BRASIL. **JUSBRASIL**, Disponível em < https://tj-pb.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713199944/1438320148150881-pb/inteiro-teor-713199954?ref=juris-tabs>.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002**, Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003,** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916,** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência**. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD%270628%27>.

Brasil. **Superior Tribunal Federal,** Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022 >.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 14. São Paulo: Saraiva, 2017.

CORREIO BRAZILIENSE DO BRASIL. **Expectativa de vida do brasileiro chega a 76 anos, a maior da história**, Disponível em <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/07/25/interna-brasil,697305/expectativa-de-vida-do-brasileiro-chega-a-76-anos-a-maior-da-historia.shtml#targetText=A%20expectativa%20de%20vida%20do,longevidade%20chegou%20a%2076%20anos.>.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família – volume: 5. 14.– Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GAGLIANO Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil,** Volume 6: Direito de Família. 9. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**, 6.ª rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 4 em e-book baseada na 11 impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família. 10**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Rolf Madaleno. **Direito de família**. 8º rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Volume 5. **Direito Civil**: Família. 17. São Paulo: Atlas, 2017.

JENNIFER KAROLINE FERREIRA DE REZENDE

A EDUCAÇÃO ENQUANTO DIREITO SOCIAL

Uma análise comparada: Brasil e Coréia do Sul

Monografia de Conclusão de Curso apresentada como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília.

Linha de Pesquisa: Direito Constitucional e Direito da Criança e do Adolescente.

Orientador: Professora Esp. Bruna Daniela Côrte Real

Brasília
2020/1

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem enfoque principal o ramo do Direito Constitucional, organizado em três capítulos cuja linha de pesquisa é Direitos Humanos: trabalho, família, cidadania e segurança pública, e eixo temático: Direitos Humanos, Justiça Ambiental e Mundo Globalizado. O tema trabalhado é a educação enquanto direito social, um estudo comparado entre o Brasil e a Coréia do Sul. Tomando por fundamento que, historicamente, ambos os países presenciaram guerras, regimes totalitários, divisões de classes e baixos índices econômicos e educacionais, mas que em algum ponto da história reagiram diferentemente a todas essas questões. Tais reações distanciaram os países no que diz respeito ao modo de aperfeiçoamento da educação, utilização de seus recursos econômicos e do comportamento da sociedade para com a educação, são algumas das problemáticas abordadas.
Palavras-chave: Educação. Direito social. Brasil. Coréia do Sul. Estudo comparado.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....6
2. A EDUCAÇÃO ENQUANTO DIREITO SOCIAL. UMA ANÁLISE COMPARADA: BRASIL E CORÉIA DO SUL
2.1 Abordagem histórica constitucional da educação.....7
2.1.1 No Brasil.....7
2.1.2 Na Coréia do Sul.....13
2.2 Transformação, Evolução e Desenvolvimento da educação.....15
2.2.1 No Brasil.....15
2.2.2 Na Coréia do Sul.....18
2.3 Surgimento da Educação como Direito e Garantia Social no Brasil.....23

3. O USO DO RECURSO PÚBLICO COM A EDUCAÇÃO, ENQUANTO DIREITO SOCIAL
3.1 Estudos das metas e estratégias do Plano Nacional de Educação 2014/2024 (PNE).....27
3.2 Estudo acerca do sistema educacional sul coreano: Ministério da Educação Coreano (MOE: Ministry of Education) 36
3.3 Consequências do não incentivo à educação no Brasil e a utilização da educação pela Coréia do Sul como mecanismo para superação do subdesenvolvimento.....40

4. PRÁTICAS DE EDUCAÇÃO DO MODELO COREANO DE GARANTIAS SOCIAIS VOLTADOS PARA A REALIDADE BRASILEIRA
4.1 Mecanismos utilizados para o alcance do direito social à educação.....43
4.2 Consequências dos investimentos na educação para a sociedade.....44
4.3Consequências das distintas práticas de educação no Brasil e na Coréia do Sul.....49

CONCLUSÃO..... …….....…….....…...54

REFERÊNCIAS.....56

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como enfoque principal o ramo do Direito Constitucional, organizado em três capítulos cuja linha de pesquisa é Direitos Humanos: trabalho, família, cidadania e segurança pública, e eixo temático: Direitos Humanos, Justiça Ambiental e Mundo Globalizado. O tema apresentado sob o título "Educação enquanto direito social uma análise comparada: Brasil e Coréia do Sul" procurou evidenciar as semelhanças histórico-culturais de cada país, e como que em determinado momento se distanciaram, ocasionando no sucesso ou fracasso quanto ao desenvolvimento educacional e econômico dos mesmos.

Em compensação, pretende-se, com o presente trabalho de conclusão de curso, apontar comportamentos, soluções e consequências para o porquê da estagnação do Brasil em 57° na classificação no PISA (Program for International Student Assessment), através da pesquisa bibliográfica acerca da educação coreana como mecanismo de superação do subdesenvolvimento. Apontando-se, ainda, características que o Brasil poderia tomar para si na busca da ascensão educacional.

Ressalta-se a importância da educação, não somente em seu aspecto individual, resultante da conquista acadêmica e profissional, mas também no seu ponto de vista coletivo, exteriorizando-se como ferramenta capaz de conquistas significativas para o desenvolvimento social, crescimento econômico, sobrepujamento de crises e superação do subdesenvolvimento.

O propósito do presente trabalho, em comparar o Brasil e a Coréia do Sul, encontra-se exatamente neste incentivo dado à educação, em como políticas públicas podem mudar a realidade da coletividade, e em que medida tal direito social é atendido e resguardado em cada país. Mesmo que tais países sejam diferentes culturalmente e economicamente, a história nos mostra pontos convergentes, em que ambos encontravam-se em situações semelhantes de crise, mas que responderam de maneiras distintas à situação e as consequências tomadas na época repercutem até os dias atuais.

2. A EDUCAÇÃO ENQUANTO DIREITO SOCIAL. UMA ANÁLISE COMPARADA: BRASIL E CORÉIA DO SUL

2.1 ABORDAGEM HISTÓRICA CONSTITUCIONAL DA EDUCAÇÃO

2.1.1 NO BRASIL

O Brasil, como país independente, teve no total, oito Constituições.

A primeira Constituição, qual seja, a de 1824, foi outorgada por D. Pedro I e elaborada por um Conselho de Estado e, posteriormente, submetida a aprovação das Câmaras Municipais, e teve sua influência oriunda do liberalismo e constitucionalismo europeu. No entanto, a democracia liberal no Brasil foi deixada de lado, dada a prioridade de a elite brasileira construir um Estado-nação. A Monarquia, segundo Groff, era tida como a única forma de "manter a unidade nacional" (GROFF, 2002).

Quanto à divisão dos poderes prevista na Constituição de 1824, por influência da teoria de Benjamin Constant, foram estabelecidos quatro poderes: o Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Segundo tal teoria utilizada pela Constituição de 1824, o poder Moderador "era a chave de toda a organização política" (GROFF, 2002). Assim sendo, o Imperador, também chefe do Poder Executivo, era intocável e santo, ou seja, não poderia ser responsabilizado por seus atos, e segundo o art. 98 e 99 (BRASIL, 1824) tinha por função zelar pela harmonia e equilíbrio dos outros poderes, e pela independência. Esse poder, nas palavras de Groff "desfigurava a ideia de equilíbrio e controle recíproco entre os poderes" (GROFF, 2002).

Consoante ao Poder Executivo, era realizado por um ministério, o qual o Imperador possuía total autonomia quanto à nomeação e demissão dos ministros, que, assim como o Imperador, gozavam da irresponsabilidade de prestar contas, entretanto, seriam responsáveis por dissipação de bens públicos, conforme § 3° do art. 133 (BRASIL, 1824).

Já o Poder Legislativo, com fulcro no art. 14 (BRASIL, 1824) era executado pela Assembleia Geral, juntamente com a Câmara de Deputados e Câmara de Senadores ou Senado. A primeira Câmara tinha em sua composição, deputados eleitos de maneira temporária, onde o Imperador tinha o poder de dissolução de tal Câmara (BRASIL, 1824, art. 101), enquanto a segunda era constituída por senadores vitalícios escolhidos pelo

Imperador, com base na lista tríplice oriunda das províncias, advinda de eleições indiretas realizadas em assembleias paroquiais.

O último poder, o Judiciário, era constituído pelo Supremo Tribunal de Justiça, localizado na capital do império e criado pela Lei Complementar de 18/1828, cujas atribuições não incluíam o controle de constitucionalidade, que era de competência do legislativo, mais especificamente da Assembleia Geral. O Imperador tinha o poder de suspender os magistrados, com fulcro no art. 101 (BRASIL, 1824).

Em seu Título 8°: Das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, a Constituição de 1824, no rol de direitos sociais presentes no art. 179, no inciso XXXII, previa o direito à instrução primária gratuita a todos os cidadãos.

Nesse contexto, o voto era censitário e vedado aos analfabetos e mulheres. Os analfabetos, no fim do século XIX, correspondiam a 80% da população brasileira, enquanto as mulheres formavam 50% da população (GROFF, 2002). Foi com a chamada "Lei Saraiva" (Lei n. 3.029/1881) que foram encerradas as eleições indiretas, adotando-se a eleição direta, com o direito de voto pelo analfabeto.

Levando-se em consideração esses aspectos concernentes à Constituição de 1824, "o Brasil teve um governo que estava muito longe dos ideais liberais colocados em prática nos países desenvolvidos. Tínhamos, em verdade, um governo autoritário, com fortes caracteres absolutistas" (GROFF, 2002).

Logo depois, com a Constituição de 1891 ou Constituição republicana, o Brasil foi introduzido à República e ao federalismo. A ruína do sistema monárquico ocorreu graças à proclamação da República no ano de 1889, com o Decreto n. 1/1889. O projeto da Constituição Republicana foi produzido por comissão liderada por Marechal Deodoro da Fonseca, então chefe de governo provisório.

A proclamação da república foi caracterizada pelo surgimento de novas instituições decorrentes da influência do direito norte-americano, que sustentava os ideais liberais e republicanos. Todavia, essa forma de constitucionalismo foi barrada pelo contexto cultural brasileiro conservador e autoritário. Sendo assim, os direitos previstos no texto constitucional não conseguiram ser aplicados na prática.

O federalismo, num primeiro momento tratou-se de uma forma de controle exercido pelas oligarquias rurais, por meio do partido republicano, usufruindo de autonomia estadual. Posteriormente, mostrou-se como símbolo de descentralização política, objetivando maior autonomia para todo o território brasileiro. Ainda assim, o

modelo republicano foi “acusado de não ter legitimidade popular, devido a inexistência de participação popular na proclamação da República” (GROFF, 2002), devido a indiferença popular quanto às mudanças religiosas e militares, e ainda em relação à estagnação das elites políticas e oligárquicas no poder. Groff, apud Faoro, diz que assim como o Império, a República havia abandonado o povo.

Com a República, o Poder Executivo era praticado pelo Presidente da República e pelo Vice-Presidente, reunindo atribuições de chefe de estado e de governo, de acordo com o art. 41 (BRASIL, 1891), cuja eleição era direta e o mandado era de quatro anos (BRASIL, 1891, art. 43).

O Congresso Nacional representava o Poder Legislativo (BRASIL, 1891, art. 16), que comportava a Câmara dos Deputados e pelo Senado, a primeira composta por deputados federais, com mandato de três anos, e a segunda por senadores, três por Estado, com mandato de nove anos.

O Supremo Tribunal Federal surgiu como órgão máximo do Poder Judiciário federal e estadual, substituindo o Supremo Tribunal de Justiça existente na Constituição do Império. O cargo de magistrado passou a ser vitalício, e por garantia constitucional, só poderia ser perdido por sentença judicial, com fulcro no art. 57 (BRASIL, 1891). Agora o controle de constitucionalidade ficaria nas mãos do Judiciário, através do controle de constitucionalidade difuso.

Todavia, o efeito de tal controle, no Brasil, era *inter partes*, e não *erga omnes* como previa o sistema norte-americano. Além disso, o Supremo Tribunal Federal não possuía a competência para homogeneizar a jurisprudência pátria. Mesmo com a emenda constitucional de 3/9/1926, que objetivava regulamentar a interpretação do texto constitucional, não logrou êxito vez que “a falta de criatividade desse novo Tribunal devia-se muito ao fato de ser composto por juízes do velho regime, sem consciência do seu papel no novo regime” (GROFF, 2002, apud NUNES).

A Constituição de 1891 acrescentou ao rol da antiga constituição, entre outros, “o ensino leigo nos estabelecimentos públicos”, agora positivado no Título IV – Dos Cidadãos brasileiros, Seção II – Declaração de direitos (BRASIL, 1891). Portanto, “a Constituição de 1891 introduz no constitucionalismo brasileiro um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, surgindo também na doutrina uma teoria dos direitos fundamentais “implícitos e decorrentes”” (GROFF, 2002, apud SARLET).

Conforme Lourivaldo Conceição,

> Essa dualidade de competências no setor da educação perdurou durante a Primeira República, na vigência da Constituição de 1891 e teve graves consequências. A União julgava-se impedida de intervir na educação primária e profissional em vista da disposição constitucional. Por outro lado, os Estados não tinham condições de arcar com as despesas da educação primaria e profissional (CONCEIÇÃO apud CURY, 2016).

Avançando para a Constituição de 1934, houve uma modificação do Estado, iniciada com a "revolução de 1930" que afastou o Estado oligárquico e inseriu um Estado populista. Incorporando, além disso, direitos sociais, econômicos e culturais, isto é, direitos de segunda geração.

A Constituição de 1934 foi influenciada pela "Constituição alemã de Weimar (ALEMANHA, 1919), de forte conotação social, introduzindo matérias referentes a ordem econômica e social, à família, à educação, à cultura, e uma forte legislação trabalhista e previdenciária" (GROFF, 2002). Alguns aspectos da Constituição de 1891 foram reproduzidos no texto constitucional de 1934, como a República, o presidencialismo e o federalismo.

As inovações alcançaram o Poder Legislativo no sentido de que as atribuições do Senado foram diminuídas para órgão colaborador da Câmara ou Assembleia Nacional. A Constituição de 1934 tinha, entre outras, a meta de delimitar o poder do Presidente da República, por isso, no caso de decretação de estado de sítio ou de intervenção federal nos Estados, a palavra final era do Poder Legislativo (BRASIL, 1934). Porém, com a tentativa de golpe de estado pelos comunistas no ano de 1935, foi aprovada uma Emenda Constitucional que transferiu esse poder para o Presidente da República.

Com a Constituição de 1934 que os direitos de segunda geração foram instituídos no texto constitucional no Título: Da Ordem Econômica e Social.

> Em relação aos direitos culturais, a Constituição previa: direito de todos à educação, com a determinação de que esta desenvolvesse, num espírito brasileiro, a consciência da solidariedade humana (art. 149); obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, inclusive para os adultos, e tendência à gratuidade do ensino ulterior ao primário (art. 150); ensino religioso facultativo, respeitada a confissão do aluno (art. 153); liberdade de ensino e garantia de cátedra (art. 155) (GROFF, 2002).

A Constituição de 1934 inovou a educação, nos seguintes pontos: reservou um capítulo exclusivo para a educação, elevando-a a condição de direito, o sistema nacional de educação foi criado juntamente com "fontes de financiamento para esse sistema" (CONCEIÇÃO, 2016).

A Constituição de 1934 não vigorou por muito tempo e logo foi substituída pela Constituição de 1937, inspirada na Constituição polonesa de 1935 (fascista), proveniente do golpe de Estado de Getúlio Vargas em conjunto com os militares, resultando na criação do "Estado Novo", que não tinha intenção de garantir direitos fundamentais ou sociais, mas possuía, segundo Groff, "conjuntura ditatorial" (GROFF, 2002).

Houve um retrocesso nas conquistas constitucionais alcançadas com a Constituição de 1934, no sentido de que o Presidente da República agora gozava de amplos poderes, entre eles, o de restringir as prerrogativas do Congresso e a autonomia do Poder Judiciário. Com tamanho poder ditatorial, o Presidente "retirou a autonomia dos Estados-membros; dissolveu a Câmara, o Senado, e as Assembleias Estaduais; restaurou a pena de morte; os partidos políticos foram dissolvidos; a liberdade de imprensa era inexistente; entre outras medidas ditatoriais" (GROFF, 2002).

> A Carta do Estado Novo não foi uma Constituição no sentido real do termo. Ela não passou de uma grande fraude política ou até mesmo um estelionato político, de vido aos diversos artigos que concederam plenos poderes a Getúlio Vargas, e um mandato indefinido (GROFF, 2002).

A abertura política do Brasil no período ditatorial só ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, onde foram organizadas eleições para Presidente, governadores dos Estados e Congresso Nacional. Ao Congresso foi atribuída a tarefa de criar uma nova Constituição. Getúlio Vargas foi afastado antes das eleições por conta do receio de que ele continuasse no poder.

Quanto aos direitos sociais e fundamentais da Constituição anterior, não encontraram espaço no regime ditatorial, pois "Em qualquer regime ditatorial, não há espaço para os direitos fundamentais, ou seja, são incompatíveis o regime ditatorial e os direitos fundamentais" (GROFF, 2002).

"Redemocratização" ou "Quarta República" foram os nomes dados para o período pós-ditatorial cuja finalidade era a de implementar a democracia do Brasil. O contexto histórico mundial era o fim da Segunda Guerra Mundial, e início da Guerra Fria.

A nova Constituição de 1946 trouxe de volta os direitos previstos na Constituição de 1889 e 1934, e foi vista como um retrocesso (GROFF apud SILVA, 2000). Foi reestabelecida a forma Federal de Estado, com o poder centrado na figura da União.

Lourivaldo Conceição chama a Constituição de 1946 de "divisor de águas na institucionalização do sistema educacional brasileiro" (CONCEIÇÃO, 2016). Conforme o autor, a educação antes se fragmentava em "educação humanista" voltado exclusivamente para a elite e focada no ensino secundário e superior, e pela "educação para a ação", que atendia as classes baixas e pobres e, correspondia ao ensino fundamental. E, ao se repetir as disposições da Constituição de 1934 no texto da Constituição de 1946, a "dualidade do sistema educacional vigente e ainda prevista na Constituição de 1937" (CONCEIÇÃO, 2016) acabou.

As Constituições seguintes a de 1946, quais sejam a Constituição de 1967 e a Constituição de 1969, não oferecem mudanças significativas para a educação, tendo "apenas, dado continuidade ao movimento destinado a criar um sistema nacional de educação" (CONCEIÇÃO, 2016).

Enquanto isso, a Constituição de 1988 revolucionou o movimento educacional, segundo Louviraldo Conceição,

> Até o advento da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, embora se reconhecesse a importância da educação como fator de mudança social, não havia ainda, excetuada a obrigatoriedade da matrícula, nenhum instrumento de sua exigibilidade, delegando as normas constitucionais a sua regulamentação às leis ordinárias. Como um serviço público a ser prestado, na mesma categoria dos demais, a oferta de ensino básico ou mesmo a qualidade dessa oferta ficavam no campo comum da atividade da Administração Pública: dependia da discricionariedade do Poder Público, em consonância com os critérios de conveniência e oportunidade.
>
> Apesar dos percalços, é forçoso concluir que nenhum outro direito social, de todos os previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, recebeu tratamento tão cuidadoso como o referente à educação, podendo ser considerado o primeiro e o mais importante dos direitos sociais (CONCEIÇÃO apud SIFUENTES, 2016).

Em síntese, a Constituição Federal de 1988 além de afirmar a importância da educação, elevou-a a um dos principais direitos sociais presentes em seu texto. Declarou que o ensino básico deveria ser gratuito e obrigatório, o qual poderia, em caso de negligência na aplicação pela Administração Pública, ser exigido judicialmente, por tratar-se de direito público subjetivo e, também, a previsão de responsabilização pessoal dos agentes do Poder Público, quando tal direito não for oferecido. Uma percentagem da receita pública advinda dos impostos foi estipulada para a "manutenção e desenvolvimento do ensino" (CONCEIÇÃO apud SIFUENTES, 2016).

2.1.2 NA CORÉIA DO SUL

O Ministério da Educação (MOE) concomitantemente com os, Ministério de Finanças e Economia (MOFE), Ciência e Tecnologia (MOST), e do Trabalho (MOL) participam da formulação e implementação de politicas educacionais e profissionalizantes.

O MOFE é responsável por distribuir verbas governamentais para a educação, priorizando o desenvolvimento social. O MOST foca na ciência e tecnologia com o objetivo de fazer da Coreia do Sul uma nação avançada em pesquisa e tecnologia. Já o MOL tem por primazia a luta contra o desemprego, focando no treinamento vocacional dos cidadãos.

O Direito da Educação foi promulgado em 1949 e adotou como lema a frase "em benefício da humanidade" (MOE, 2019). A Constituição da República da Coréia, em seu artigo 31 declara:

> Todo cidadão tem iguais direitos de receber uma educação que corresponda às suas habilidades;
> Todo cidadão que tiver criança sob seus cuidados são responsáveis pelo menos por sua educação elementar e outra educação provida pela lei;
> Educação compulsória é de graça;
> Independência, profissionalismo e imparcialidade da política educacional e a autonomia das instituições de ensino superiores são garantidos sob as condições prescritas em lei;
> O Estado promove formação contínua;
> As questões fundamentais pertencentes ao sistema educacional, incluindo escolas e de formação continuada, administração, finanças, e no estatuto dos professores, são determinados pela lei (LEI DA EDUCAÇÃO, 1949).

A Lei da Educação coreana promulgada em 1949 prevê um sistema

educacional conhecido como "6-3-3-4 plan", ou seja, plano de ensino 6-3-3-4, que consiste em seis anos de escola primária, três anos de ensino fundamental, três anos de escola secundária e quatro anos de faculdade. Tal sistema abrange escolas públicas e privadas. Esse plano oferece alguns anos extras para o ensino primário e superior, principalmente para as faculdades de medicina e odontologia.

O propósito do modelo democrático de educação sul-coreana é de permitir, por meio de atenção exclusiva do governo para com a educação, a criação de profissionais excepcionais em suas áreas, que possam ser reconhecidos internacionalmente como excelentes professores e pesquisadores da atualidade. Essa preocupação com a educação não visa apenas educar a futura geração, mas também garantir trocas e cooperação em âmbito global.

A política de educação atual, conhecida por Brain Korea 21 (BK21), iniciada em 1999, objetiva colocar as universidades coreanas no topo do ranking das universidades mundiais. O investimento governamental para esse plano monta a soma de 1.4 trilhões de won, aproximadamente 1.2 bilhões de dólares, para educação superior que ultrapassa sete anos de duração.

> This budget made it possible for graduate schools to hire faculty with reduced teaching loads, teaching only graduate courses, so that they may concentrate on basic research.
>
> It also gave graduate students in those selected schools generous grants for tuition, living allowances, and study abroad. Funds also were used to improve the infrastructure for academic research. Funds are provided to research teams within an institution or between colleagues of different institutions domestically and internationally, after a rigorous evaluation of the education reform carried out by the institution the team belongs to.
>
> Through this project, the government hopes to nurture three to four internationally known research universities (MOE, 2019).

O montante investido no Brain Korea 21 permitiu que os professores das universidades tivessem uma menor carga em sala de aula para que pudessem se dedicar à pesquisa básica. Esse plano também ofereceu diversas bolsas e benefícios para seus estudantes, como bolsas de estudos, auxílio moradia e bolsas para estudar no exterior. Os fundos também foram utilizados para melhorar a infraestrutura de pesquisa acadêmica interna das universidades. Além, é claro, de fornecer incentivos para equipes de

pesquisadores nas próprias faculdades coreanas e em faculdades espalhadas pelo mundo. Com isso, o governo coreano espera que ao menos tenham quatro faculdades internacionalmente reconhecidas no campo da pesquisa acadêmica.

Outro montante de $285 milhões foi investido em outro projeto iniciado em 1999, com duração estimada de sete anos, voltado para a implantação de programas de educação especializada nas universidades regionais cujo intuito é de suprir as necessidades da indústria local. Um dos benefícios desse projeto foi descentralizar os centros universitários de excelência da capital Seoul para outras cidades.

Conforme documento fornecido pelo MOE a respeito da educação na Coreia em 2019, o sistema educacional coreano foi reconstruído entre os anos de 1948 à 1960, focando na educação primária e na luta contra o analfabetismo, possíveis através do crescimento econômico. Nos anos de 1961 a 1980, o principal foi o ensino fundamental e a expansão da educação vocacional. Entre os anos de 1981 a 1997 houve o rápido crescimento da educação superior e melhoramento da qualidade da educação no geral. E desde 1998 até os dias atuais, o foco está na criatividade, tecnologia e na qualidade da educação. Além do fornecimento de educação contínua (MOE, 2019).

2.2 TRANSFORMAÇÃO, EVOLUÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO

2.2.1 NO BRASIL

Não existem graus absolutos de educação, a educação possui caráter permanente, estamos em constante estado de aprendizagem e evolução. A educação e o saber nascem da ignorância, que são superados constantemente. Paulo Freire afirma que “não há ignorância absoluta, o que existe é uma relativização do saber ou da ignorância” (FREIRE, 1979). Assim sendo, o olhar direcionado para o ato de ensinar e aprender não deve ter origem em posições hierárquicas onde um “ser superior ensina um grupo de ignorantes” (FREIRE, 1979), mas sim com um olhar humilde, no sentido de que quem ensina “comunica um saber relativo a outro que possui outro saber relativo” (FREIRE, 1979).

O sistema hierarquizado ou vertical tem na figura do professor o ser superior que ensina os ignorantes, percebendo-se o que Paulo Freire chamou de “consciência bancária da educação” (FREIRE, 1979), no qual o aluno recebe os conhecimentos

passivamente, tornando-se um “depósito do educador” (FREIRE, 1979), pois se educa com o objetivo de arquivar o que se deposita. Tal consciência tem como pensamento o de que “quanto mais se dá, mais se sabe” (FREIRE, 1979). Ocorrendo a criação de indivíduos medíocres, que não possuem pensamento crítico, visto que não se estimula a criação, e sim a reprodução e arquivamento passivo do saber (FREIRE, 1979).

Historicamente, segundo Cury, o Brasil possui uma dívida com a população no concernente à educação do cidadão. Visto que mesmo com diversos esforços, projetos e propostas de programas do governo com o objetivo de proporcionar o acesso ao direito à educação, revela-se como um grande desafio legislativo, já que mesmo que sua importância seja enfatizada no Brasil, ela não consegue ser devidamente efetivada e alcançada, evidenciada pelos milhares de jovens e adultos que não tiveram oportunidade de entrar na escola ou que por questões econômicas, sociais e por repetência tiveram que desistir da escola mais cedo. Ou ainda, das crianças que não frequentam o ensino básico ou que estão fora da idade adequada para tanto.

A legislação avançou principalmente a partir das Constituições de 1934 e 1988, afirma Cury, quando buscou determinar fontes de financiamento nacional da educação, decorrentes da vinculação do orçamento público que a Constituição de 1934 estabeleceu. Outra fonte de evolução do pensar na educação veio por intermédio das declarações e pactos internacionais relacionados a direitos e garantias de direitos dos quais o Brasil é signatário.

Inicialmente, de acordo com Cury, no período colonial entre os anos 1500 à 1822, o Brasil não exercia soberania sobre o seu povo, lei, comportamentos, entre outros. Mesmo após a declaração da independência, o exercício da soberania, tanto interna quanto externa, foi limitado pelos governantes. A relação que se tinha era a de hierarquia entre superiores e inferiores observada no regime escravocrata, na “civilização” dos indígenas e migrantes, que não eram considerados cidadãos. Esse pensamento decorre da nossa herança de desigualdade social e discriminação enraizada no Brasil.

O desafio enfrentado nesse ponto, diz Cury, é o de buscar a democratização do Brasil sem renunciar à modernidade econômica. No entanto, o maior obstáculo para se superar esse desafio está na população que usufrui de benefícios decorrentes da modernidade econômica não quererem aceitar a democratização que transformarem-se em empecilho aos seus privilégios.

A proclamação de direitos do homem serviu de norte para a democratização do país, advindo de lutas sociais. Contudo, as afrontas à esses direitos foram um grande

limitador no desenvolvimento do Brasil como nação soberana e democrática, declarou Cury. Principalmente pela cultura da discriminação e dos privilégios que barravam o acesso dos cidadãos aos direitos políticos e civis. O direito social à educação foi expressamente abordado apenas no início do século XX.

A Constituição Imperial de 1824 foi a primeira a tratar da educação no Brasil como nação independente. O seu conteúdo, segundo Cury, previa a educação escolar gratuita exclusiva aos considerados cidadãos. Quanto aos índios e negros, a "educação" era meramente um instrumento de controle realizado através da doutrinação ou catequese, presando-se a cultura da oralidade ao invés da escrita e da leitura presente nos países que acolheram reformas. Essa limitação do acesso à educação dar-se-á pela colonização contra-reformista que o Brasil sofreu, no qual os negros não passavam de propriedade de alguém e, os índios de bárbaros ou selvagens.

A disseminação das primeiras letras decorreu na primeira lei nacional imperial de educação de 1827, cujo objetivo era o de ensinar os filhos da elite a ler e escrever. Esse ensino era realizado em casa, no âmbito familiar e não necessariamente nas escolas. A propósito, quando a legislação brasileira instituiu o ensino fundamental obrigatório, diz Cury, não estipulou a sua realização em instituições de ensino.

A competência para tratar de educação é dividida entre a União, Estados e Municípios. Assim, a União ficaria responsável pelo ensino superior público e boa parte do privado e de auxiliar financeiramente a educação básica, enquanto aos municípios compete o ensino fundamental obrigatório e aos estados o ensino médio. Tais determinações de competência, mesmo fundamentadas na Constituição Federal de 1988, foram determinadas pela Lei de Diretrizes e Bases de 1996 e pela Lei 9.424/96 (CURY, 2000).

Cury alega que a educação gratuita surgiu no ano de 1824 e desapareceu em 1891, ressurgindo em 1934 como um "modo de desprivilegiar e tornar comum o acesso à escola" e relacionada com a obrigatoriedade do ensino primário, ou seja, dos quatro primeiros anos. A Constituição Republicana de 1821 dizia que os Estados eram competentes para tratar da gratuidade do ensino, porém, muitos Estados transferiam essa competência aos municípios. Com a Constituição Federal de 1988, a gratuidade foi estendida para todo o ensino público, independente do nível ou território federativo.

A educação também impactou a conquista dos direitos políticos, de modo que, para que o sujeito de direito civil fosse capaz de realizar seus direitos políticos ele deveria se alfabetizar em escola pública estadual para ter direito de votar. Aqui, nota-se a cultura

da discriminação observa Cury, pois o direito de votar era exclusivo dos alfabetizados, ocorrendo à extensão facultativa do direito de voto aos analfabetos apenas com a Constituição de 88. Além disso, o voto feminino não estava previsto expressamente no texto constitucional, mas tal interpretação foi ampliada graças ao costume.

No que diz respeito aos índices de analfabetismo no Brasil, existiam duas correntes de pensamento, a primeira defendia a autonomia dos Estados (liberais), e a segunda, os liberais democratas, defendem uma intervenção discreta na educação, vez que o Brasil apresentava níveis alarmantes de analfabetismo e de insuficiência de escolas comparado aos países de língua espanhola.

A noção de educação como direito do cidadão apareceu com a Constituição de 1934 em seu artigo 5°, inciso XIV, onde a União ficaria responsável por traçar as diretrizes da educação nacional, prevendo uma maior intervenção do Estado sobre a sociedade com o objetivo de diminuir as desigualdades sociais e impedir movimentos contrários ao Estado.

Com a Constituição Federal de 1988 houve o reconhecimento do direito público subjetivo, ou seja, quem for titular de uma prerrogativa pode, apoiado em dispositivos legais, buscar sua satisfação, tendo o Estado como sujeito garantidor dessa efetivação. O direito subjetivo foi muito importante para a evolução do ensino obrigatório em 1988, visto que o individuo que não teve acesso ao ensino obrigatório "doravante possui mecanismos jurídicos postos em sua mão para fazer valer esse direito" (CURY, 2000).

O princípio do direito subjetivo foi o responsável por abrir portas para a educação pública como uma forma de "preencher a falta de conhecimento, enfrentar esquecimento e, talvez, a depender do interlocutor, a vontade de não se lembrar" (CURY, 2000). Tendo por base a faixa etária, temos a educação infantil a primeira etapa da educação básica. A educação de jovens e adultos tem um viés reparador.

A problemática enfrentada na educação infantil e de jovens e adultos está instaurada na inexistência de uma fonte clara de financiamento, pois com a Lei 9.424/96, ficaram de fora do Fundo de Manutenção do Ensino Fundamental (Fundef).

2.2.2 NA CORÉIA DO SUL

Conforme a Enciclopédia de Educação Mundial (World Educacion Encyclopedia, vol. 3), a Coréia do Sul é uma península, localizada entre a China e o

Japão, no nordeste da Ásia. Com mais de mil anos de história, foi dividida entre Coréia do Sul e do Norte desde 1945. E é oficialmente chamada de República da Coréia.

Sua localização na Ásia permitiu grandes avanços em seu território, tanto em questões políticas quanto culturais. A Coréia permaneceu livre, independentemente das diversas tentativas de invasões estrangeiras, até 1910, com a invasão japonesa que perdurou entre os anos de 1910 à 1945. Logo após a libertação, ocorreu a divisão das Coreias e a guerra civil nos anos de 1950 à 1953. Um dos grandes desejos de ambas as Coreias depois de quase meio século de divisão territorial, é a reunificação.

A sociedade sul coreana sofreu grandes mudanças graças à dissolução do tradicional sistema de classes, ao seu rápido progresso econômico, em conjunto com altas taxas de migração, urbanização e democratização. Apesar de todos esses aspectos na evolução, um dos principais fatores para a evolução do país em si, foi o zelo pela educação e o entusiasmo por aprender.

Muitas vezes chamada de "síndrome da educação", o respeito que os coreanos possuem para com o aprendizado encontra-se enraizado na cultura de seu povo, que vê a educação como uma forma de desenvolvimento constante da humanidade. A cultura coreana tem por importante característica a de que "apenas aqueles mais instruídos devem governar o país e a sociedade" (LOPEZ, 2002). Assim, a educação e a posição governamental encontram-se intimamente ligadas, sendo, a educação, aceita como forma de se medir o valor das pessoas na sociedade. Além de ser utilizada como pré-requisito para os mais altos cargos governamentais.

O governo sul coreano, tendo grande interesse na educação nacional, programou diversas reformas no sistema educacional. Em 2015, segundo o MOE (Ministry of Education), o currículo nacional de educação foi revisado com o intuito de se formar alunos mais criativos e desenvolver um ambiente educacional público mais integrador. Algumas das competências em foco são o auto-conhecimento, pensamento criativo, competências emocionais, habilidades de comunicação. Mudanças essas, que visam instruir alunos capazes de liderar a sociedade futura.

> In 2015, the Ministry of Education announced the 2015 Revised National Curriculum with an aim to nurture a creative and integrative learner, as part of the central goals to normalize public education. This curriculum focuses learning on key competencies that creative and integrative learners should acquire, such as self-management competency, knowledge-information processing skills, creative thinking skills, aesthetic-emotional competency,

> communication skills, and civic competency. In particular, it aims to raise creative and integrative learners by integrating liberal arts and national sciences tracks in high schools, where in the past, the two tracks provided separate, standardized curricula. The 2015 Revised National Curriculum reinforces Software (SW) education to raise intelligent learners who can lead the future creativity-based society. This curriculum is expected to take effect by school levels (e.g., elementary, middle, and high schools) starting 2017.

Historicamente a educação era tida como um privilégio aos ricos, assim sendo, apenas as famílias aristocratas tinha o direito de estudar, dada sua elevada posição social. Os coreanos acreditavam que nascer em uma família rica significava que você estava sendo recompensado pelos deuses por algo bom realizado em sua vida passada. No período pré-moderno, evoluir de classe não era possível, exceto em casos muitos específicos no qual a pessoa poderia evoluir socialmente unicamente por mérito próprio.

A educação formal na Coréia começou na Era dos Três Reinos. A primeira instituição pública de ensino, fora da China, chamada de T'aehak (que significa grande aprendizado ou Academia Nacional de Confúcio), foi fundada em 372 pelo rei Sosurim de Koguryô. O objetivo dessa escola era o de recuperar a nação depois de terem sofrido diversas invasões, através da educação dos jovens, ensinando-os a língua chinesa e os clássicos de Confúcio.

O segundo reino, o Paekche, focava na educação dos eruditos e sábios, voltados para os professores de chinês, história e filosofia.

O reino de Shilla, o mais afastado da China, possuía um sistema educacional chamado hwarangdo (ou seja, o caminho dos cavaleiros da flor). Neste reino, os jovens eram treinados acerca da beleza e força do corpo e da mente cujo objetivo era o de defenderem a nação. Os três reinos, mais tarde foram unificados pelo reino de Shilla em 668.

Durante o período dos Três Reinos, os estudantes estudavam na China por dez anos e só depois voltavam para casa. Muitos estudantes de Shilla passavam nos exames para cargos públicos chineses. Esses exames foram admitidos na Coréia no anos de 958, durante a Dinastia Koryô, e tinha o intuito de recrutar burocratas do governo que seriam necessários para a solidificação da nova dinastia. Portanto, em 992 foi criada a Kukchagam (Universidade Nacional), especificamente para treinar os futuros burocratas, que, obviamente, vinham de famílias poderosas socialmente.

Foi na era do Rei Injong (1122 – 1146) que as Seis Escolas da Capital foram criadas, seguindo o modelo da Kukchagam. A "University College, High College, Four Portals College, Law College, Writing College e Arithmetical College". O que determinava em qual faculdade o estudante se matricularia era o seu rank social, ao invés de seus interesses pessoais.

A Dinastia Chosôn também conhecida por Dinastia Yi adotou um sistema educacional neoconfucionismo, cuja abordagem era a de criar homens que soubessem fazer um julgamento adequado de suas ações, qualidade que era esperada até mesmo do rei. O respeito pelo conhecimento durante a Dinastia Yi era absoluto. Os membros da Academia dos Dignos compunham o instituto de pesquisa criada pelo Rei Sejong (1418 – 1450), que criou o alfabeto coreano (Hangul).

Antes do Hangul ter sido criado, o sistema de escrita utilizado na Coréia era o Hanja, ou seja, composto basicamente por caracteres chineses. E era exatamente essa dificuldade advinda da escrita, pronúncia e leitura do Hanja que determinava que apenas os mais ricos, os aristocratas poderiam ser alfabetizados. O Rei Sejong, percebendo que seu povo, os plebeus, precisava aprender a escrever para poderem manter um registro de sua vida cotidiana, mergulhou em sua pesquisa junto com os eruditas da época, em um trabalho que durou dezoito anos para criar um novo conjunto de letras, que fosse mais intuitivo e que qualquer pessoa pudesse aprender (BRAZILKOREA, 2014).

As classes mais abastada foram contra a efetivação do Hangul, no entanto, este foi difundido no reino e se tornou bastante popular. Segundo a professora Sandra Jang, em seu curso básico de coreano (Nanum coreano, 2019),

> O Hangul é a letra que qualquer um pode aprender facilmente, por isso qualquer coreano pode ler e escrever o Hangul. O Hangul é a força motriz por trás do rápido crescimento econômico da Coreia do Sul. Também é reconhecido como a letra ideal adequada para a era digital.

Então, o Hangul foi criado para "permitir que as pessoas comuns expressassem suas ideias facilmente por escrito" (JANG, 2019). O documento onde o alfabeto foi compilado junto com um tratado sobre os deveres do homem e alguns ensinamentos sobre o budismo se chamava Hunmindjóngûm (훈민정음), traduzido como "os sons apropriados para a educação do povo" (JANG, 2019).

A UNESCO, em 2017 reconheceu o Hangul como Patrimônio Mundial da UNESCO visto a sua criatividade e o método científico aplicado para sua criação. Nesta data é comemorado o Dia do Hangul (nove de novembro).

Após a criação do alfabeto coreano, a forma de se matricular nas universidades também mudou. Agora era necessário prestar um exame, parecido com o vestibular, para ingressar nas academias. Mesmo que os mais privilegiados ainda se beneficiassem desse sistema, a ideia geral era de que os seus conhecimentos deveriam ser testados para que o ingresso na Academia Nacional de Confúcio fosse efetivado. Assim sendo, qualquer um poderia prestar o exame, independentemente do quão influente sua família fosse.

Entretanto, os cursos preparatórios para o exame só era fornecido para os aristocratas Yangban. Os jovens Yangban frequentavam desde cedo escolas particulares e nelas aprendiam os caracteres chineses (Hanja), aos sete anos trocavam de escola para se prepararem para o primeiro exame. Mas apenas aqueles que fossem aceitos pela Academia Nacional poderiam prestar o mais importante exame, chamado munkwa.

O currículo ensinado na época pelas escolas privadas (sôwôn) consistia em estudos liberais, humanos, além dos ensinamentos de Confúcio, que acreditavam que essas competências forneceriam ao aluno conhecimentos além do necessário para realizar atividades superficiais e limitantes, mas sim de lidar com questões imprevisíveis.

Para as sôwôn, disciplinas como agricultura, comércio, matemática e medicina eram consideradas como “aprendizado diversificado”, e meramente funcional, recaindo sobre o conceito limitador do desempenho do aluno e utilizado para atividades superficiais.

As mulheres nessa época eram proibidas de receberem educação formal. A educação formal era exclusivamente voltada para a formação preparatória de homens que almejavam cargos públicos.

A educação moderna, influenciada pelos ideais democráticos do Ocidente, tornou a educação acessível à todos. Pois perceberam na educação, a chave para a modernização e independência nacional. O Rei Kojon, em 1895, por meio de um decreto real autorizou a criação de várias escolas com viés moderno, desde escolas primárias, normais até as profissionalizantes. Com o apoio do Rei Kojon, missionários americanos criaram três escolas privadas na Coreia, o Hall of Learning, a Kyôngshin School e a Ewha, que foi a primeira voltada para o ensino de mulheres, e que atualmente é a Ewha Universidade para Mulheres.

Segundo o MOE, em 1905 a atual Universidade da Coreia foi fundada por Yi Yong-ik. Compreendendo os departamentos de direito e comércio voltados para o conhecimento dos sistemas comercial, legal e técnico dos países ocidentais. O sistema de educação moderno começou para os homens e para as mulheres ao mesmo tempo (LOPEZ apud RENAUD, 1991).

Aos poucos, outros campos de ensino foram adicionados e se tornaram importantes, como a medicina, matemática, geografia e o aprendizado de idiomas estrangeiros. As consequências foram visíveis, as mulheres passaram a almejar uma vida profissional fora do ambiente doméstico, e também de participar ativamente na política, como no movimento de independência de 1919, iniciado pela jovem estudante da Universidade para Mulheres Ewha, Yu Kwansun.

Assim que a Coreia se libertou da ditadura japonesa em seu território, esse foi dividido entre Coreia do Sul e Coreia do Norte. Os soviéticos auxiliavam o norte, enquanto os Estdos Unidos se estabeleciam na Coreia do Sul. Com o intuito de superar a influência japonesa na educação coreana, os Estados Unidos utilizaram o sistema democrático americano como modelo a ser seguido. O Hangul era utilizado nessa época exclusivamente dentro de sala de aula, com exceção das aulas de idiomas estrangeiros.

Com o fim da Guerra das Coreias, entre 1950 e 1953, os coreanos se recuperaram rapidamente, em menos de cinquenta anos expandiram de maneira significativa a qualidade da educação. Antes o objetivo era de a educação ser disponível para todos, mas agora, o objetivo era muito maior, de criar cidadãos capazes de contribuir para a reconstrução nacional.

2.3 SURGIMENTO DA EDUCAÇÃO COMO DIREITO E GARANTIA SOCIAL NO BRASIL

Em harmonia com o tema, Lourivaldo da Conceição, no seu curso de direitos fundamentais, atesta a importância da educação para o alcance de conquistas pessoais, assim como uma forma de oferecer igualdade de condições para competir no mercado de trabalho (CONCEIÇÃO apud BARCELOS, 2009).

A relevância da educação está imortalizada no artigo XXVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, o qual aponta critérios como, a importância da educação gratuita nos anos iniciais de aprendizado, o acesso igualitário

ao ensino superior segundo o mérito de cada aluno e, respeitando-se direitos de igualdade, liberdade e personalidade humana,

> A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos nacionais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas emprol da manutenção da paz (ONU, 1948).

A visão de que a educação vai além do campo acadêmico está disposta ao final no tópico dois do artigo XXVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, nele, a empatia e tolerância para com a diversidade cultural e ética que está presente em todo o mundo e, consequentemente, mantenedora da paz, advêm da educação. De seres humanos capazes de aprender e aplicar o seu conhecimento em prol de um mundo melhor, onde a empatia e a isonomia deveriam reinar.

No ano de 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, reforçou o compromisso com a educação visto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde, em seu artigo 13, determina que, aqueles signatários do Pacto, reconhecem a educação como um direito para todos, que deve ser obrigatório e gratuito para a educação primária, que o acesso ao ensino secundário técnico e profissional e, superior deveria ser expandido por meio de oportunidades de educação gratuita, a título de exemplo, bolsas de estudo.

Prevê, ainda, o ensino básico para aqueles que não puderam cursá-lo na idade adequada e, a melhoria do corpo docente, além da autonomia dos pais e tutores legais, de escolher instituições escolares diversas das estatais, desde que atendam aos requisitos de ensino de qualidade que o Estado preconiza.

Informações pormenorizadas da trajetória da educação nas Constituições brasileiras encontram-se no item 2.1.1 do presente trabalho. No entanto, vale ressaltar que desde o caráter universal do direito à educação foi apresentado desde a Constituição de 1934, mas foi com a Constituição Federal de 1988 que o direito a educação foi elevado a direito de todos, ou seja, direito social e garantias foram previstas no caso de o Estado não cumprir esse direito.

> O legislador constituinte, não apenas declarou a educação como um direito fundamental do homem no art. 6º, mas, visando a dar consequência prática e concreta a essa declaração de direito, criou mecanismos de sua realização, instituindo o Sistema Nacional de Educação, constituído de princípios,

> objetivos, estrutura organizacional e fontes de financiamento (CONCEIÇÃO, 2016).

Consoante o assunto, Lourival Conceição, afirma que os direitos sociais demandam do Estado uma ação, quais sejam: a criação de regulamentos, leis, e fontes de financiamento para que os direitos sociais se concretizem.

O caráter social que a Constituição Federal de 1988 conferiu para o direito à educação em seu artigo 205 "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família [...]" (BRASIL, 1988) trata da universalidade de atendimento desse direito, isto é, o direito à educação é conferido a todos os brasileiros, desde que observados os requisitos legais. Questões que favoreçam a desigualdade são vedadas, como cor, raça, etnia, religião e orientação sexual não devem ser utilizadas como limitantes ao acesso de todos ao direito social à educação.

Mesmo que a universalização do ensino médio gratuito, presente no inciso II do artigo 208 da Constituição Federal de 1988, configure um direito derivado, o qual necessita da regulamentação do legislador ordinário e, consequentemente, da reserva do possível que limita a prestação do direito social pelo Estado conforme o orçamento disponível. A educação básica, obrigatória e gratuita, entretanto, corresponde a um direito subjetivo originário, que não se sujeita a reserva do possível ou da consistência.

O dever do Estado para com a educação básica e obrigatória para crianças de quatro anos de idade até os adolescentes com dezessetes anos ou para aqueles que não tiveram acesso à educação na idade adequada, encontra-se no inciso I do artigo 208 da Constituição Federal de 1988 e na Emenda Constitucional nº 59/2009, que garantiu o direito à educação básica gratuita e obrigatória, anteriormente, com a Emenda Constitucional nº 14/96, apenas a educação fundamental seria gratuita e obrigatória.

Aqui o doutrinador Conceição distingue os conceitos de educação básica e educação fundamental ao citar o texto de Sifuentes (CONCEIÇÃO apud SIFUENTES, 2016), assim sendo, a educação fundamental corresponde a uma pequena parcela da educação básica, a primeira é oferecida para alunos de quatro a quatorze anos de idade, enquanto a segunda abarca a educação infantil (que antecede a educação fundamental) e o ensino médio. Portanto, o gênero educação básica engloba as crianças de zero a dezoito anos de idade, à medida que a educação fundamental (espécie) só abrange uma parte desse período educacional.

A família também possui o dever de garantir a educação às crianças e adolescentes, e obrigados a matriculá-los na educação básica a partir dos quatro anos. Esse dever familiar é repetido nos artigos 227 e 229, ambos da Constituição Federal de 1988 e, no artigo 4° e 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069/90).

Pois, o direito social à educação, constituído sob os princípios previstos no artigo 1° da Lei de Diretrizes e bases da Educação Nacional (Lei n° 9.394/96), como o da

> Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, e a valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas (CONCEIÇÃO, 2016).

É um de dever do Estado, da família e da sociedade. Não se limitando por preconceitos, mas almejando a universalização da educação obrigatória e gratuita como instrumento de se garantir uma vida pessoal e profissional digna para todos. E, por conseguinte, instruindo-os para agirem em favor da sociedade e para a manutenção da paz.

3 O USO DO RECURSO PÚBLICO COM A EDUCAÇÃO, ENQUANTO DIREITO SOCIAL

3.1 ESTUDO DAS METAS E ESTRATÉGIAS DO PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO 2014/2024 (PNE)

A educação brasileira se divide em educação infantil, educação fundamental e ensino médio compondo a educação básica, e ensino técnico e ensino superior compreendendo a educação complementar.

Seguindo as diretrizes da Lei nº 9.394/1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e a BNCC (Base Nacional Comum Curricular), temos respectivamente, que a educação básica é compulsória a partir dos quatro anos de idade no Brasil, e que os educadores e instituições de ensino devem seguir parâmetros definidos pelo BNCC acerca dos conhecimentos considerados imperiosos para o crescimento das crianças e dos jovens, além de instruções sobre a forma como cada fase da educação básica deve ser ministrada.

A educação infantil, disposta do artigo 29 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996) é indicada às crianças de zero a cinco anos de idade. Nesse primeiro momento, o propósito das escolas é o de desenvolver a imaginação e a criatividade dos alunos, trabalhando mediante atividades lúdicas, aprimoramento do físico, lúdico, motor, cultural, social e psicológico das crianças.

A educação infantil se desdobra primeiramente em creche e berçário (de zero a um ano de idade), não obrigatório e é fornecido para cuidado de bebês no período de ausência dos pais. Geralmente, segundo o Educa Mais Brasil (EDUCA MAIS BRASIL, 2019), o berçário comporta bebês de quatro meses a dois anos, dependendo da instituição de ensino. E contam com estruturas básicas como sala de repouso, sala de atividades, fraldário, lactário e solário. Vale ressaltar que o berçário além de não obrigatório, também não é gratuito, sendo cobrada mensalidade de acordo com o período de permanência da criança no estabelecimento.

O próximo desdobramento da educação infantil é a pré-escola (de um a dois anos de idade), onde o foco é a evolução do físico, intelectual, social e psicológico da criança com o acréscimo de atividades artísticas, além das lúdicas já ministradas. Essa

fase também é onerosa aos pais, variando o investimento de acordo com as atividades fornecidas pela instituição, com a qualidade do ensino, infraestrutura e outros.

Para as crianças de três anos de idade, existe o Grupo 3 da Educação infantil, o qual enfatiza o aprendizado por intermédio de atividades variadas e lúdicas buscando desenvolver habilidades e a criatividade das crianças além do domínio cognitivo, psicomotor e afetivo. Esta fase também não é gratuita ou obrigatória.

O Grupo 4, voltado para crianças de quatro anos de idade, pode apresentar novas formas de ensino complementar, propiciando as descobertas infantis e a ampliação das relações sociais através de brincadeiras, do teatro e da música. O último subgrupo da educação infantil, o Grupo 5, para crianças de cinco anos de idade oferece ambiente de ensino propício para a alfabetização infantil, podendo o aluno permanecer em ambiente escolar parcialmente ou integralmente. Aqui, atividades físicas são acrescidas à realidade da criança, além da apresentação de matérias como geografia, história, ciências, língua portuguesa e matemática.

O PNE ou Plano Nacional de Educação compilado na Lei n° 13.005/2014 corresponde ao plano de educação para os anos de 2014 a 2024, e comporta um total de vinte metas a serem cumpridas nesses dez anos de planejamento.

Vê-se, pela leitura inicial das metas, que a palavra ‘universalizar’ predomina. Seja voltada para universalização da educação infantil até o ano de 2016 previsto na primeira meta, ou a universalização do ensino fundamental para crianças de seis a quatorze anos de idade mencionada na meta de número dois, ou a terceira meta, que prevê a universalização do acesso educacional a alunos de quinze a dezessete anos até 2016, ou ainda, a quarta meta que traz a universalização do ensino especializado para crianças que possuam “deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidade ou superdotação” (PNE, 2014) nas idades de quatro a dezessete anos.

Consoante ao Plano Nacional de Educação (PNE, 2014), cada uma das vinte metas do plano possuem estratégias para o seu cumprimento. Estratégias estas que serão agora pormenorizadas.

A meta de número um, qual seja

> Universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE (PNE, 2014).

Intenta a universalidade da educação infantil até o ano 2016 e a expansão da oferta da mesma em cinquenta por cento até 2024. As estratégias para alcançar tal finalidade são a de fomentar a colaboração entre os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para que a ampliação da educação infantil seja uma realidade, observando-se as especificidades de cada região e prezando pelo ensino de qualidade nacional. Ainda, que ao final de 2024, a oscilação entre as taxas de frequência das crianças à educação infantil seja inferior a 10% (dez por cento), para tanto, os entes federativos, em conjunto, realizariam um estudo da demanda de cada creche objetivando a devida oferta desse serviço conforme a busca pelo mesmo.

As infraestruturas das escolas de educação infantil também, segundo as estratégias do Plano Nacional de Educação (PNE, 2014) deveriam sofrer melhorias, atendendo as normas de acessibilidade. O controle da gestão, recursos pedagógicos, infraestrutura, e acessibilidade, principalmente, se dariam por meio da avaliação da educação infantil, efetivada até 2015, para averiguar se a qualidade do ensino nacional estava sendo alcançada.

Por o ensino infantil ser oneroso, uma das táticas governamentais seria de ampliar a oferta de matrículas gratuitas na rede pública de ensino e em creches certificadas.

Os educadores infantis também foram contemplados quanto à previsão de educação inicial e continuada desses profissionais, e também do estímulo à criação, ainda, no âmbito da pós-graduação e de capacitação de profissionais da educação, de pesquisas no campo da educação voltadas para as crianças de zero a cinco anos.

Buscar o acesso das crianças do campo, indígenas e quilombolas ao ensino infantil, verificando as especificidades de cada região, e através de estudo prévio da demanda, distribuir escolas nessas comunidades. Mais o oferecimento de educação especializada para crianças “com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, assegurando a educação bilíngue para crianças surdas e a transversalidade da educação especial nessa etapa da educação básica” (PNE, 2014).

Programas de apoio e orientação às famílias com crianças de até três anos também seriam realizados, de maneira secundária. Quanto às famílias beneficiárias de programas de transferência de renda, o monitoramento da frequência dessa criança na educação infantil deve ser intensificado. Ademais, conforme as Diretrizes Curriculares

Nacionais para a Educação Infantil, o acesso à educação em tempo integral para crianças de zero a cinco anos deve ser encorajado.

Seguindo para a meta de número dois, cujo foco é garantir que no mínimo 95% das crianças, em idade adequada, concluam com sucesso os nove anos de duração do ensino fundamental.

> Universalizar o ensino fundamental de 9 (nove) anos para toda a população de 6 (seis) a 14 (quatorze) anos e garantir que pelo menos 95% (noventa e cinco por cento) dos alunos concluam essa etapa na idade recomendada, até o último ano de vigência deste PNE (PNE, 2014).

As estratégias visando atingir essa meta são: mediante a colaboração dos entes federativos, especificamente, os Estados, Distrito Federal e Municípios, desenvolver uma proposta de "aprendizagem e desenvolvimento para os (as) alunos (as) do ensino fundamental" (PNE, 2014), até o final de 2015, que compreenderá a base comum nacional curricular do ensino fundamental.

Mais, reforçar o acompanhamento individualizado e a regularidade dos alunos que são "beneficiários de programas de transferência de renda" (PNE, 2014) e, também, encontrar, com o auxílio de órgãos de assistência social, crianças e adolescentes que não frequentam a escola, estimulando a oferta, na própria comunidade, de educação fundamental, principalmente nos anos iniciais, para os indígenas, quilombolas e população do campo. Buscando a colaboração dos familiares e dos órgãos públicos para superar situações de violência e preconceito nas instituições educacionais, almejando proporcionar um ambiente saudável de aprendizagem.

A relação da escola com a comunidade é importante, no quesito de, respeitando as suas peculiaridades, organizar atividades educacionais que abranjam a diversidade nacional, entre elas, adequar o calendário escolar para englobar feriados locais, que enalteçam a identidade cultural daquela região.

A criatividade e individualidade são incentivadas por meio de atividades extracurriculares, como, por exemplo, da realização de concursos nacionais e eventos esportivos.

Introduzindo agora a meta educacional de número três, passamos para a preocupação do Ministério da Educação quanto à taxa de matrícula de adolescentes no ensino médio, essa meta prevê que até o ano de 2016, o atendimento educacional para

alunos entre quinze e dezessete anos deveria ser universalizado e que até o ano de 2024, último ano do Plano Nacional de Educação em vigência, a taxa de matrícula deveria aumentar para oitenta e cinco por cento no ensino médio.

> Universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de 15 (quinze) a 17 (dezessete) anos e elevar, até o final do período de vigência deste PNE, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85% (oitenta e cinco por cento) (PNE, 2014).

A essência do Plano Nacional de Educação voltado para o ensino médio foi de apresentar um currículo flexível, o qual oferecesse conteúdos pedagógicos obrigatórios em parceria com os conteúdos eletivos direcionados, por exemplo, para a "ciência, trabalho, linguagens, tecnologia, cultura e esporte" (PNE, 2014). Asseverando a aquisição de maquinário adequado para o rico aproveitamento de tais atividades e da profissionalização dos educadores, por meio da

> Aquisição de equipamentos e laboratórios, a produção de material didático específico, a formação continuada de professores e a articulação com instituições acadêmicas, esportivas e culturais (PNE, 2014).

Uma proposta de aprendizado e desenvolvimento voltado para os estudantes de ensino médio deve ser enviada para o CNE (Conselho Nacional de Educação) até 2016, após consulta pública. E tal proposta servirá de base do currículo comum nacional do ensino médio. Práticas esportivas e "fruição de bens e espaços culturais" (PNE, 2014), também são garantidos pelo Plano Nacional de Educação.

A defasagem ainda é uma constante preocupação, portanto, proporcionar reforço escolar no horário alternado da aula para os alunos que precisem de atenção extra com os estudos, deve ser oferecido. A promoção do ensino médio em conjunto com o ensino profissionalizante gratuito também deve ser fomentada e incentivada, sobretudo nas "comunidades indígenas e quilombolas e para as pessoas com deficiência" (PNE, 2014).

O controle da frequência dos alunos de ensino médio beneficiários de programas de renda deve ser fortalecido. E práticas de violência, preconceito, e discriminação no ambiente escolar devem ser desencorajadas. Sendo esses os motivos

mais frequentes de evasão escolar, para tratar desses casos, uma rede de proteção contras formas de exclusão deve ser criada. Temas como gravidez precoce, consumo de drogas e exploração do trabalho precisam ser abordados pelas instituições de ensino em parceira com a comunidade e as famílias.

Uma alternativa para a oferta do ensino médio é quanto ao horário das aulas, que podem ser ministradas nos turnos diurno e noturno, e quanto ao oferecimento de um ensino médio com padrões flexíveis para aqueles alunos cujos pais realizam atividades de caráter itinerante. Além, do estimulo a participação em cursos científicos e tecnológicos.

A meta de número quatro do Plano Nacional de Educacional do período de 2014 a 2024 corresponde à garantia do ensino especializado e inclusivo para crianças e adolescentes na faixa etária de quatro a dezessete anos de idade que possuem alguma "deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação" (PNE, 2014).

> Universalizar, para a população de 4 (quatro) a 17 (dezessete) anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados (PNE, 2014).

A universalização do ensino inclusivo e especializado para crianças de zero a três anos de idade deve ocorrer até o ano de 2024, segundo as estratégias para o alcance da meta de número quatro do Plano Nacional de Educação. A infraestrutura do ambiente educacional e a formação dos educadores devem acompanhar as exigências que os alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e superdotação demandam. A título de exemplo temos a proposta de transportes acessíveis, de materiais didáticos personalizados e ensino bilíngue para pessoas surdas através do ensino da língua de sinais, a Libra. Para que esses materiais sejam produzidos, é necessário, ainda, o estímulo de pesquisas metodológicas e tecnológicas voltadas para as peculiaridades do ambiente de ensino inclusivo.

Preocupações acerca da permanência e habitualidade no ambiente escolar, também compõem as estratégias para a meta quatro, que igualmente prevê um maior controle da frequência escolar daquelas crianças cujas famílias são beneficiárias de

programas de auxílio de renda do governo. Ressalta-se, a promoção da educação continuada para jovens e adultos fora da idade escolar para o ensino obrigatório.

Continuando o estudo com a meta educacional de número cinco, temos a principal problemática enfrentada no Brasil, o analfabetismo. A meta cinco traz de as crianças devem ser alfabetizadas "até o final do terceiro ano do ensino fundamental" (PNE, 2014).

> Alfabetizar todas as crianças, no máximo, até o final do 3o (terceiro) ano do ensino fundamental (PNE, 2014).

Maiores explicações acerca da eficácia de tal meta serão analisadas no próximo capítulo do presente trabalho. Entretanto, para garantir a alfabetização das crianças até o terceiro ano do fundamental, temos as seguintes estratégias governamentais: valorização do corpo docente e abordagem pedagógica própria e dinâmica para o cumprimento de tamanho plano. As avaliações nacionais anuais de aprendizado auxiliam o governo nesse controle.

A promoção e o estimulo da alfabetização das crianças indígenas, quilombolas, do campo e cujos pais possuem ocupação laboral itinerante, é igualmente encorajado, mas no caso dos indígenas e quilombolas, há um cuidado para que o idioma nativo dessas comunidades seja identicamente aprendido, preservando-se a identidade cultural dessas comunidades.

A sexta meta educacional trata do ensino em tempo integral nas escolas públicas de educação básica.

> Oferecer educação em tempo integral em, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das escolas públicas, de forma a atender, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) dos (as) alunos (as) da educação básica (PNE, 2014).

O intuito da implantação do ensino integral nas escolas de educação básica é o de proporcionar atividades multidisciplinares, como atividades culturais e esportivas, e de acompanhamento pedagógico para os alunos. A permanência diária nas escolas seria equivalente a sete horas. A construção, prioritariamente nas áreas mais carentes, de escolas voltadas para tais atividades ocorreria em regime de colaboração com a União, e no projeto arquitetônico, áreas como "quadras poliesportivas, laboratórios, inclusive de

informática, espaços para atividades culturais, bibliotecas, auditórios, cozinhas, refeitórios, banheiros e outros equipamentos", seriam contempladas.

Paralelamente, o governo busca com o apoio de "entidades privadas de serviço social vinculada ao sistema sindical" (PNE, 2014), em parceria com escolas públicas, estender o tempo de permanência dos alunos no ambiente acadêmico.

A qualidade do ensino básico seguido da avaliação do Ideb (Índice de Desenvolvimento da Educação Básica) apresenta-se na meta de número sete do Plano Nacional de Educação.

> Fomentar a qualidade da educação básica em todas as etapas e modalidades, com melhoria do fluxo escolar e da aprendizagem de modo a atingir as seguintes médias nacionais para o Ideb (PNE, 2014).

As médias a serem atingidas pelos alunos dos primeiros anos do ensino fundamental, dos últimos anos do ensino fundamental e do ensino médio são as seguintes. Os primeiros anos do fundamental devem atingir, em 2015, a média de 5,2 pontos; em 2017, a nota deve subir para 5,5; no ano de 2019, a média é de 5,7; e em 2021 deverá chegar a 6,0. Os anos finais do fundamental inicialmente (em 2015) deveriam bater a média de 4,7; em 2017, subiria para 5,0; em 2019 para 5,2; e em 2021 chegariam a 5,5. O ensino médio começaria o ano de 2015 com 4,3; em 2017 passariam para 4,7; já em 2019 atingiriam 5,0; e em 2021 a média deveria ser de 5,2.

As estratégias englobam a união interfederativa, para, respeitando as diversidades, elaborar planos pedagógicos para a educação básica e para a base comum curricular. No ano de 2019, a meta seria de que ao menos setenta por cento dos estudantes do fundamental e do ensino médio alcançassem nível suficiente de aprendizagem. E que em 2024, que corresponde ao último ano de vigência do presente Plano Nacional de Educação, todos os alunos, tanto do ensino fundamental quanto do ensino médio, tenham obtido níveis de aprendizado desejados.

Os recursos financeiros dispendidos para auxiliar a gestão escolar seriam realizados por "transferência direta de recursos financeiros à escola, garantindo a participação da comunidade escolar no planejamento e na aplicação dos recursos, visando à ampliação da transparência e ao efetivo desenvolvimento da gestão democrática" (PNE, 2014).

A meta de número oito do Plano Nacional de Educação visa que até 2024, a população do campo, e com baixo índice de escolaridade e dos com baixa renda, entre 18 anos e 29 anos de idade tenha ao menos doze anos de estudo, igualando-se o ensino entre os negros e não negros.

> Elevar a escolaridade média da população de 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos, de modo a alcançar, no mínimo, 12 (doze) anos de estudo no último ano de vigência deste Plano, para as populações do campo, da região de menor escolaridade no País e dos 25% (vinte e cinco por cento) mais pobres, e igualar a escolaridade média entre negros e não negros declarados à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (PNE, 2014).

O nível de escolaridade cresceria, segundo as estratégias da meta oito, ao privilegiar os estudantes com o ensino escolar defasado, com a implantação do ensino direcionado para jovens e adultos e oferecer, para eles, os exames de certificação dos ensinos fundamental e médio de modo gratuito, além de cursos técnicos gratuitos.

A meta de número nove busca aumentar a taxa de alfabetização de pessoas com quinze ou mais anos de idade para 93,5% até o ano de 2015, e para 2024 “erradicar o analfabetismo absoluto e reduzir em 50% (cinquenta por cento) a taxa de analfabetismo funcional” (PNE, 2014).

As principais estratégias são, o oferecimento de educação gratuita para jovens e adultos dependendo da demanda, o auxílio governamental de renda para que os jovens e adultos participem de programas de alfabetização. Garantir assistência médica, como, a título de exemplo o “atendimento oftalmológico e fornecimento gratuito de óculos, em articulação com a área da saúde” (PNE, 2014), ademais do auxílio com a alimentação e o transporte. A oferta de ensino também se estende às “pessoas privadas de liberdade em todos os estabelecimentos penais, assegurando-se formação específica dos professores e das professoras e implementação de diretrizes nacionais em regime de colaboração” (PNE, 2014).

Seguindo, a meta dez, trata da oferta de vinte e cinco por cento de matrículas no ensino fundamental e médio para jovens e adultos. A meta de número onze complementa a anterior e procura oferecer cinquenta por cento de matrículas para o ensino profissionalizante. O aumento na taxa de matrícula no ensino superior é abordado na meta de número doze, que antecipa uma porcentagem de trinta e três por cento de matrículas entre a população de dezoito a vinte e quatro anos de idade.

A especialização dos professores universitários é igualmente importante, e a meta treze diz que o corpo docente deve ser ampliado para setenta e cinco por cento de mestres e doutores, obtendo, ao menos, trinta e cinco por cento de doutores. Para tanto, o número de matrículas em cursos de pós-graduação deve aumentar significativamente para que ao final de cada ano existam sessenta mil mestres e vinte e cinco mil doutores, segundo a meta quatorze do Plano Nacional de Educação (PNE, 2014).

Imediatamente, a meta quinze aborda que, por meio de colaboração, os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assegurem que os professores da educação básica tenha curso específico na área em que lecionem e pós-graduação (meta dezesseis), e que sejam devidamente valorizados, conforme meta dezessete. O plano de carreira dos profissionais da educação jaz na meta de número dezoito, que delimita o prazo de dois anos para que o plano de carreira exista observado o piso salarial nacional profissional.

Enfim, a meta dezenove assegura que, em dois anos, a gestão democrática da educação seja efetivada. Enquanto a meta de número vinte preconiza os investimentos no ensino público de pelo menos sete por cento do PIB (Produto Interno Bruto) em 2019, e de dez por cento ao final do decênio (PNE, 2014).

3.2 ESTUDO ACERCA DO SISTEMA EDUCACIONAL SUL COREANO: MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO COREANO (MOE: MINISTRY OF EDUCATION)

O sistema educacional coreano evoluiu desde que a Lei da Educação coreana foi promulgada em 1949. Prevendo um sistema educacional conhecido como "6-3-3-4 plan", ou plano de ensino 6-3-3-4, que consiste em seis anos de escola primária, três anos de ensino fundamental, três anos de escola secundária e quatro anos de faculdade. Tal sistema abrange tanto as instituições de ensino públicas como privadas.

A chamada Educação Compulsória compreende a educação primária, atendendo às crianças por volta dos seis anos de idade, em uma escola localizada próxima à sua área residencial, e desde 1979 é oferecida de graça aos cidadãos.

A Middle School também é compulsória para os alunos com idades entre 12 a 15 anos de idade desde 1985, no entanto, não é gratuita para todos os alunos.

Conforme o MOE de 2019, o sistema coreano de educação oferece iguais oportunidades de ensino para as crianças buscando desenvolver ao máximo suas habilidades individuais. Além de garantir que nenhuma criança, graças ao sistema compulsório de educação infantil, fique fora do ambiente acadêmico.

> The Korean education system guarantees educational opportunities for all children without discrimination and ensures that they draw on the best of their individual abilities. Based on this basic "trust," the government has set "inclusiveness" and "innovation" as its educational philosophy, ensuring that not even one single child is left behind, and laying the foundation for future talent development (MOE, 2019).

Desde o fim da guerra entre a Coreia do Sul e a Coréia do Norte que a educação tem sido o foco do governo. De acordo com dados oferecidos pelo MOE (Ministério da Educação Coreano) a expansão da educação primária do ano de 1945 até 2002 evoluiu drasticamente. Em 1945 haviam um total de 2.834 escolas primárias, com 1.366.685 estudantes. Já no ano de 2002, o número de escolas primárias aumentou para 5.384 com o total de 4.138.366 alunos frequentando a escola. Evolução semelhante ocorre com o ensino médio e com a educação superior desse período.

O currículo escolar definido no artigo 23 da Lei de Educação Primária e Secundária (Emendado pelo Ato n° 11384, Março de 2012) define um currículo flexível, em relação ao currículo nacional e diretrizes regionais, para atender à realidade de cada escola. O currículo, ainda, sofreu diversas atualizações buscando manter-se sempre em concordância com as mudanças sociais e acadêmicas.

> Art. 23 (Law of Primary and Secondary Education, 2012),
>
> (1) As escolas devem operar de acordo com o currículo;
> (2) O Ministro da Educação e Tecnologia determinará assuntos básicos sobre padrões e detalhes dos currículos mencionados no parágrafo (1), e o Superintendente de um Escritório de Educação poderá determinar os padrões e detalhes de acordo com as circunstâncias reais de uma região dentro do escopo dos currículos determinados pelo Ministro da Educação, Ciência e Tecnologia;
> (3) As matérias ensinadas nas escolas serão prescritas por decreto presidencial (LEI DE EDUCAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA, 2012).

Tais diretrizes curriculares servem de guia para a educação básica de cada escola bem como para o desenvolvimento dos livros acadêmicos. O governo já realizou, segundo o MOE, sete revisões curriculares, a primeira em agosto de 1995, e a última em junho de 1998, para mantê-los atuais aos campos de desenvolvimento de pesquisas.

O Sétimo Currículo enfatiza a criatividade, a aptidão e o talento individual. O Ministério da Educação, além disso, define o perfil do estudante esperado como o atual currículo,

> 1. A pessoa que busca individualmente como base para o crescimento de toda sua personalidade;
> 2. A pessoa que demonstra capacidade de criatividade fundamental;
> 3. A pessoa que é pioneira em uma nova carreira dentro do amplo espectro cultural;
> 4. A pessoa que cria novos valores com base no entendimento da cultura nacional;
> 5. A pessoa que contribui para o desenvolvimento da comunidade em uma base de pensamento democrático (MOE, 2019).

Logo, o governo coreano, ao desenvolver as habilidades individuais de cada aluno, demanda torná-lo um cidadão capaz de contribuir para com a sociedade de maneira satisfatória no futuro. Preocupada em potencializar o autoconhecimento, aspirando ao desenvolvimento da comunidade como um todo.

Quanto aos materiais didáticos, livros e manuais elaborados pelos docentes, seguem três categorias/tipos discriminados no currículo nacional, quais sejam: os direitos autorais são detidos pelo Ministério da Educação (tipo um); os livros autorizados pelo Ministro da Educação serão publicados por editoras particulares (tipo dois); e por último, os materiais didáticos devem ser considerados pelo Ministro da Educação como relevantes e úteis (tipo três).

Os instrumentos educacionais recaem que recaem sob o tipo um são os direcionados aos ensinos infantil/jardim de infância (kindergarten) e primário, mais manuais de instrução ao docente. Livros em inglês também têm sido publicados desde 1997. Os livros de ensino médio são divididos em básicos e avançados. Livros para as disciplinas de idioma coreano, ética e história da Coréia, considerados materiais básicos de ensino, devem ser autorizados pelo Ministério da Educação, atendendo ao tipo dois. Quanto aos livros de ensino avançado, são desenvolvidos por universidades e organizações a pedido do Ministério da Educação.

Sintetizando a evolução curricular sul coreana temos que em 1954, segundo o MOE (Ministry of Education) o currículo escolar era voltado para a educação acadêmica no geral. No ano de 1963, suas características evoluíram, mesmo que

experimentalmente, para o ensino dos caracteres chineses e educação militar. Já em 1973, o currículo focava no enriquecimento acadêmico, na ética, na história coreana e ensino do idioma japonês. Em 1981, já com a retirada do exército japonês do território coreano, o currículo enfatizava o espírito nacional, o redirecionamento dos estudos e a integração curricular dos ensinos primário e secundário.

Março de 1988 surgiram as escolas de ensino superior especializadas em ciência e artes, mais a integração curricular do ensino primário. A prioridade era o estudo da indústria regional, dando ênfase ao conhecimento da economia. Em 1992 houve o avanço da organização educacional sul coreana, suas prioridades curriculares eram quanto à computação, sustentabilidade, estudo do idioma russo, especialização em idiomas estrangeiros, e a implantação do ensino de inglês nas escolas primárias.

E por último, o sétimo currículo que é centrado nos estudantes, em suas peculiaridades e em como direcioná-las para a criação de um futuro de avanços educacionais e científicos, além da troca de conhecimentos mundiais, visto na aplicação, dentro da grade curricular do estudo de idiomas estrangeiros.

O ensino primário, secundário e médio na Coreia do Sul, têm basicamente as mesmas disciplinas, com alguns acréscimos ao longo dos anos escolares dos alunos. Vejamos, o primeiro e segundo ano da escola primária tem em comum disciplina como, estudo da língua coreana, matemática, ética, wise living (que traduzindo grosseiramente significa vida sábia, mas acredito se tratar de uma economia doméstica inicial) e pleasant living (vida agradável).

A partir do terceiro ano da escola primária até o sexto ano as disciplinas ministradas são, língua coreana, ética, estudos sociais, matemática, ciência, estudos práticos, educação física, música, artes e língua estrangeira inglesa. A escola secundária, com início no sétimo ano, a matéria de educação econômica e técnica é acrescentada ao currículo. O ensino médio, em seu primeiro ano (décimo ano curricular) aumenta a matéria de história coreana, e no décimo primeiro ano e décimo segundo, os alunos escolhem as matérias a serem estudadas naqueles anos.

Recapitulando, os alunos frequentam o jardim de infância dos três aos cinco anos de idade. O governo direciona politicas de financiamento à educação infantil efetivas, com o objetivo de melhorar a educação infantil e possibilitar uma maior qualidade dos jardins de infância. Ainda oferecem, por meio do Nuri Curriculum (2012), educação gratuita nesses primeiros anos escolares, aliviando os gastos dos pais e garantindo que as crianças sejam alfabetizadas na idade correta.

Aos seis anos os alunos mudam para a escola primária e lá permanecem até a idade de onze anos. E aos doze anos de idade o ensino secundário começa, acabando aos dezessete anos com o fim do ensino médio. Consoante as disposições do Education in Korea 2019, o governo tem se preocupado com os altos custos financeiros do ensino médio, e conseguinte vem criando estratégias para que o ensino médio seja oferecido de forma gratuita, como por exemplo, através do apoio as famílias e aos alunos quanto às taxas de matrículas nas escolas e custos com os materiais didáticos.

O propósito dessa ação governamental é o de oferecer oportunidades iguais de educação para todos os alunos, independentemente de suas condições financeiras, origem familiar e regional, mas exclusivamente, pelo dever/responsabilidade constitucional que o Estado coreano possui de zelar pela educação até o nível secundário, por meio de uma política inclusiva e garantidora do direito básico à educação.

> Free high school education is a significant step forward in reducing educational gaps by ensuring equal opportunities for all students, regardless of family background, regions, or classes, and in fulfilling the national responsibility for education up to the secondary level. Furthermore, it is meaningful for the realization of a people-oriented education system and an inclusive nation as it guarantees the basic right to education of all citizens as stipulated in the Constitution (MOE, 2019).

Antes de os alunos ingressarem na faculdade, o governo coreano estabeleceu os Centros de Apoio ao Emprego (Central Employment Support), cuja função é capacitar os jovens nas suas áreas de expertise e aumentar, assim, as suas chances de conseguir um emprego nas suas áreas de preferência. O programa "Job First, University Later Program" (Primeiro Emprego, Programa Universitário Posterior) ocorre com a força conjunta do Governo Central Coreano com os Escritórios Regionais de Educação, colhendo informações de empresas de destaque em seus respectivos campos, e repassando-os para as escolas.

O governo prevê auxilia universitário aos alunos que precisem conciliar trabalho e estudo.

Com dezoito anos de idade o ensino superior se inicia. O governo sul coreano, em conformidade com o desenvolvimento da indústria, na chamada "quarta

revolução industrial", tem no ensino universitário um ambiente de fortalecimento de pesquisas acadêmicas, por meio de currículos personalizados às necessidades dos alunos, incentivando a criatividade e a capacidade de resolução de controvérsias, e também para que se sintam livres para fazer aquilo que mais gostam e que possuem maior aptidão.

Igualmente, o governo coreano se preocupa em educar àqueles que perderam a oportunidade de aprender na idade certa. Esta é a chamada LifeLong Education. Sendo equivalente à educação de jovens e adultos no Brasil.

3.3 CONSEQUÊNCIAS DO NÃO INCENTIVO À EDUCAÇÃO NO BRASIL, E A UTILIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO PELA CORÉIA DO SUL COMO MECANISMO PARA SUPERAÇÃO DO SUBDESENVOLVIMENTO

Apesar de as abordagens Constitucionais e legislativas brasileira e sul coreana serem parecidas, o seu diferencial está na efetivação do direito social à educação.

Paulo Freire ao descrever o sistema educacional brasileiro disse que a figura do professor é a de um mero reprodutor de conhecimento, enquanto os alunos não passam de "depósito do educador" (FREIRE, 1979), aprendendo de maneira passiva e tornando-se, no futuro, cidadãos medíocres, que não conhecem a si mesmos e, portanto, incapazes de contribuir para a sociedade. Pois, o sistema brasileiro de educação possui a mentalidade de que "quanto mais se dá, mais se sabe" (FREIRE, 1979). Basicamente, o ensino é tratado como um grande monólogo por parte dos professores e um reservatório de "conhecimento" por parte dos alunos.

Cury (2000) acresce que o desafio legislativo é uma constante, e que mesmo tentando priorizando a educação, ela não consegue ser devidamente efetivada e alcançada. Questões financeiras e sociais são os principais obstáculos para que o direito à educação no Brasil evolua. Muitos jovens e adultos desistiram da escola mais cedo devido a esses fatores e, da mesma forma, a evasão escolar de crianças que não frequentam o ensino básico. A educação, historicamente, era utilizada como uma fonte de discriminação entre as classes, vez que somente os filhos de famílias abastadas teriam o privilégio de ser alfabetizado. Privilégio esse que era pré-requisito para, a título de exemplo, ter direito ao voto.

Enquanto o quesito legislativo e econômico são fatores limitantes da efetivação do direito social a educação no Brasil, a Coréia do Sul, por meio de mudanças

sociais, do rápido crescimento econômico, da urbanização e democratização auxiliaram o país a ser um dos melhores segundo o ranking do PISA. Tais fatores não surtiriam efeito, segundo a Enciclopédia de Educação Mundial, se o país não tivesse zelo e entusiasmo por aprender.

Lopez, diz que o respeito dos coreanos para com a educação é um aspecto cultural e eles percebem, na educação, uma forma de desenvolvimento da sociedade e da humanidade. Esta visão resultou em evoluções e mudanças realizadas pelo governo para que o currículo educacional fosse moldado com um viés criativo e inclusivo. Como vamos observar no tópico 3.2 da presente monografia, a educação coreana, ao priorizar o desenvolvimento individual de cada aluno, ao incentivar o seu autoconhecimento e habilidades próprias, estão trazendo para a superfície o melhor do ser humano. Um ser humano que possui pensamento crítico, capaz de perceber as mudanças mundiais com clareza e aplicar suas habilidades para mudar a sociedade em que estão inseridos, em suma, seres humanos que vão beneficiar a sociedade com o seu conhecimento.

A educação, no início da história coreana, era igualmente tida como privilégio das classes altas, entretanto o Rei Sejong, percebendo que o seu povo, que as classes mais baixas da sociedade da época, necessitavam de um idioma escrito para resguardar seus conhecimentos, para relatar o seu dia-a-dia, reuniu os maiores estudiosos da época para desenvolver uma escrita que fosse intuitiva, que não precisasse de muitos anos de estudo para ser aprendida por crianças ou adultos, como acontecia até o momento, com a utilização de caracteres chineses para escrever. E assim nasceu o Hangul, o alfabeto coreano.

O posicionamento do governo frente aos anseios e deficiências de suas comunidades é uma das principais consequências que diferenciam a educação na Coréia do Sul e no Brasil. Seguidos pelo engajamento demonstrado pelos alunos, professores, sociedade e governo.

Portanto, as principais consequências do não incentivo à educação no Brasil, e a utilização da educação pela Coréia do Sul como mecanismo para superação do subdesenvolvimento são: a efetivação da distribuição do ensino para todos, através de políticas públicas eficazes, aliadas a orçamentos suficientes para arcar com as despesas de infraestrutura, corpo docente, bolsas de ensino, entre outros. Oferta de um ensino com qualidade, o qual seja percebido pelos alunos como formas de evoluírem emocionalmente como seres humanos e contribuir positivamente com a sociedade no futuro. Valorização dos professores como profissionais, educadores e pesquisadores.

Educar a sociedade como um todo no intuito de enaltecer todos os benefícios que a educação pode gerar para a comunidade onde esses alunos estão inseridos e para o mundo globalizado em que vivemos.

O direito à educação no Brasil encontra garantia na Constituição Federal de 1988, recebendo a classificação de direito social, ou de segunda geração, ao lado de outros direitos como saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, em seu artigo 6°.

A Coréia do Sul buscou na educação um mecanismo para superar o subdesenvolvimento (SILVA, 2017), ou seja, para começar a produzir conhecimento ao invés de meramente o importar. Como consequência dessa organização de governo o índice de analfabetismo na República da Coréia reduziu consideravelmente no período de 1960 a 2008, alcançando um nível de 2% de analfabetos no país, sendo que 46% da população possui nível superior, segundo índices produzidos pela UNESCO (2008).

Esses investimentos na educação se mostrou frutífero no desenvolvimento do país para que se comparasse com países como a França e a Inglaterra no tocante ao progresso econômico e tecnológico.

Enquanto a Coréia do Sul viu na educação uma fonte para melhorar as vidas de seu povo e de superar crises econômicas, o Brasil se perdeu em planejamentos inadequados, políticas de urbanização acelerada e endividamento.

4 PRÁTICAS DE EDUCAÇÃO DO MODELO COREANO DE GARANTIAS SOCIAIS VOLTADAS PARA A REALIDADE BRASILEIRA

4.1 MECANISMOS UTILIZADOS PARA O ALCANCE DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO

Os mecanismos utilizados tanto pela Coréia do Sul quanto pelo Brasil são similares, visto que seus objetivos em comum são a superação do analfabetismo, a valorização dos profissionais da educação, o crescimento da oferta de matrículas para os alunos do ensino obrigatório, o oferecimento de auxílio financeiro para os estudantes que não possuem condições de arcarem com os gastos educacionais e, para aqueles que não tiveram acesso ao estudo na idade adequada, a oportunidade de fazê-lo na vida adulta. Além, obviamente, dos orçamentos destinados a financiar a educação como um todo, desde para a construção das escolas até o pagamento dos funcionários e educadores.

Contudo as formas como esse direito positivado é externado na sociedade é diferente historicamente em ambos os países.

A Coréia do Sul, desde muito cedo na história tem investido na educação como uma forma de aprimorar o país, e o fez distintamente ao aprimorar a formação dos professores, que são os responsáveis por repassar todo o conhecimento aos estudantes, e em seguida melhorar sua infraestrutura, determinando a construção de escolas de jardim de infância à universidades para que o aprendizado fizesse parte da vida de seus habitantes.

O ensino gratuito, as bolsas de estudo e os auxílios financeiros destinados às famílias e aos estudantes são outro ponto positivo do sistema coreano de educação. O investimento na pesquisa científica favorece as relações da Coréia do Sul com diversos países, intensificando o intercâmbio cultural e científico entre as universidades do mundo inteiro.

O enaltecimento das individualidades dos estudantes é algo diferente do sistema brasileiro para o sul coreano, no que diz respeito à valorização do diferente, onde os alunos sul coreanos são incentivados a desde cedo desenvolverem seus potenciais e explorarem suas qualidades através da prática de atividades artísticas e esportivas desde tenra idade. Favorecendo a criatividade e pensamento crítico e individual de cada estudante.

O padrão brasileiro de ensino trouxe, para o ensino médio, um pouco de como seria o padrão coreano, quando propôs que os alunos do ensino médio teriam algumas matérias obrigatórias e que poderiam escolher outras disciplinas que mais os agradasse e que fossem úteis para suas futuras graduações superiores e vidas profissionais, além de oferecer a formação técnico-profissional aos alunos de ensino médio. Mas tal mudança foi recente e apenas para um grau de ensino. Enquanto a Coréia do Sul aplica essa lógica a todas as fases de aprendizado.

A valorização dos professores é outro ponto que na prática não funciona no Brasil. Os noticiários mostram que os professores não são valorizados ou respeitados em nossa sociedade. As reivindicações feitas pelos professores alguns anos atrás só obtiveram resultado aparente no ano de 2020, em que, segundo o portal do MEC (PORTAL DO MEC, 2020), o piso salarial dos professores de educação básica seria reajustado no ano de 2020, correspondendo a um aumento de 12, 84%, ou seja, o salário passou de R$ 2.557,74 para R$2.886,34. Atualização essa, que já estava prevista na Lei do Piso de 2008 (Lei 11.738/2008).

O MEC, na mesma publicação determina a liberação de um bilhão de reais para o Fundeb e para o Piso Nacional do Magistério. Orepasse dessa verba seria feita pelo FNDE (Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação), autarquia vinculada ao MEC. A distribuição dos recursos para os Estados, Distrito Federal e Municípios é equivalente ao total de estudantes matriculados na rede pública de ensino.

> O Fundo conta ainda com complementação de recursos da União para garantir o recebimento do valor mínimo definido nacionalmente. Independentemente da origem, todo o recurso gerado é redistribuído para aplicação exclusiva na educação básica, conforme a prioridade dos estados, Distrito Federal e municípios (PORTAL DO MEC, 2020).

Mediante o exposto, o Brasil está caminhando aos poucos para alcançar as metas e diretrizes mais básicas que definiram para o futuro da educação. E a Coréia do Sul, tendo atingido diversas de suas metas no passado, trabalha atualmente para inovar os aspectos educacionais em todas as fases do ensino, investindo em áreas que os permitam avançar na classificação de melhor ensino mundial, segundo a Folha de São

Paulo, a Coréia do Sul, na última classificação (2018) ocupou a nona posição e o Brasil a de número cinquenta e sete, mostrando-se estagnado desde 2009.

4.2 CONSEQUÊNCIAS DOS INVESTIMENTOS NA EDUCAÇÃO PARA A SOCIEDADE

A educação, no Brasil, é financiada pela receita advinda dos impostos e, adicionalmente, da contribuição do salário-educação recolhido nas empresas. As percentagens de aplicação da receita originada dos impostos para a manutenção e desenvolvimento do ensino, não podem ser inferiores a dezoito por cento para a União, e de vinte e cinco por cento para os demais entes federativos, Estados, Distrito Federal e Municípios, consoante o artigo 212 da Constituição Federal de 1988.

As instituições de ensino obrigatório possuem preferência no recebimento dessas verbas, segundo o parágrafo 3° do artigo 212 da CF/88, respeitando-se a meta da universalização da educação básica de qualidade.

O parágrafo 4° do mesmo artigo estabelece como fonte de financiamento para os "programas suplementares de alimentação e assistência à saúde" os "recursos das contribuições sociais e de outros recursos orçamentários" (CONSTITUIÇÃO FEDERAL/ 1988).

Outra considerável fonte de recursos para a educação básica e para a formação, capacitação e valorização dos profissionais da educação é o FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação) que no artigo 60 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) antecipa a distribuição dos recursos arrecadados pelas instituições de ensino obrigatório, para o Fundo.

> II. O Fundos referidos no inciso I do caput deste artigo serão constituídos por 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do art. 155; o inciso II do caput do art. 157; os incisos II, III e IV do caput do art. 158;e as alíneas a e b do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos && 2º e 3º do art. 211da Constituição Federal.

> V. A União complementará os recursos dos Fundos a que se refere o inciso II do caput deste artigo, sempre que, no Distrito Federal e em cada Estado, o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente, fixado em observância ao disposto no inciso VII do caput deste artigo, vedada a utilização dos recursos a que se refere o & 5º do art. 212 da Constituição Federal.

Resumidamente as percentagens são as seguintes: vinte por cento advindas dos impostos sobre a transmissão causa mortis e doação, previsto no artigo 155, I, CF/88, a circulação de mercadorias e prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação conforme o artigo 155, II, CF/88 e IPVA (artigo 155, III, CF/88), que são impostos de competência dos Estados e do Distrito Federal.

Ainda, vinte por cento dos impostos não cumulativos e que não tenham base de cálculo ou fato gerador previsto na Constituição Federal (artigo 154, I c/c art. 157 da CF/88). Dos impostos municipais, aproveita ao Fundo parte da arrecadação dos cinquenta por cento de imposto sobre a propriedade territorial rural e de IPVA que, respectivamente, a União e os Estados distribuem para os Municípios (inciso II e III, art. 158, CF/88) e parte dos vinte e cinco por cento advindos dos impostos de "circulação de mercadorias e prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação" repassados aos Municípios pelos Estados.

As alíneas a e b do inciso I do artigo 159 da Constituição Federal correspondem ao imposto de renda e de produtos industrializados distribuídos pela União para o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e para o Fundo de Participação dos Municípios. E o inciso II do mesmo artigo trata do imposto inerente de produtos industrializados.

Logo, o FUNDEB receberá vinte por cento de todos esses impostos e os distribuirá entre os Estados e Municípios conforme a demanda de alunos cursando a educação básica.

Atualmente, o portal do MEC liberou cerca de um bilhão de reais para o Fundeb e para o Piso Nacional dos Professores.

> Já a parcela de complementação da União para o pagamento do piso salarial dos professores, por parte dos sistemas de ensino, contará, no mês de fevereiro, com repasse de R$ 101.615.327,66. Atualmente, o piso corresponde a um salário de R$ 2.557,74 para jornada de 40 horas semanais. O repasse é feito só aos estados e municípios beneficiários da Complementação da União

(PORTAL DO MEC, 2020).

Ao passo que o governo coreano, além de oferecer diversos benefícios e auxílios financeiros para os seus estudantes, investiu cerca de 3.155 won (equivalente a R$ 12,89) por aluno de educação elementar, 4.069 won (equivalente a R$ 16,62) da educação secundária e 6.118 won (equivalente a R$ 24,99) do ensino médio no ano de 2000. Esse valor em 2016 e 2019 aumentou significativamente, o valor do investimento por estudante de ensino elementar cresceu para 11.029 won (equivalente a R$ 45,06), 12.370 won (equivalente a R$ 50,53) para os alunos do ensino secundário e 10,486 won (equivalente a R$ 42,84) para os de ensino médio.

O orçamento do Ministério da Educação (EDUCATION IN KOREA, 2019), em 2000 equivalia a 19.172.028 won (equivalente a R$ 78.320,85). Em 2019 o orçamento subiu para 74.947.793 won (equivalente a R$ 306.173,91). O orçamento governamental é de 93.937.057 won (equivalente a R$ 383.987,82) em 2000, e de 339.769.098 won (equivalente a R$ 1.413.304,12) em 2019.

O artigo 4° do Quadro Ato da Educação (FRAMEWORK ACT ON EDUCATION) trata, similarmente com o Brasil, da igualdade de oportunidades na educação, o qual, ninguém será descriminado de acordo com religião, sexo, condições físicas, gênero e raça, por exemplo.

> Article 4 (Equal Opportunities in Education)
> (1) No citizen shall be treated with discrimination in education for reasons of gender, religion, faith, race, social standing, economic status, or physical conditions, etc. Quadro Ato da Educação (FRAMEWORK ACT ON EDUCATION).

O artigo 7° do mesmo Ato ocupa-se do orçamento necessário para manter estáveis as finanças educacionais, e determina que caiba aos governos estaduais e regionais programar a política necessária, e ainda, que subsídios voltados para a educação local devem ser tratados em estatutos específicos.

> Article 7 (Educational Finances)
> (1) The State and local governments shall establish and implement a policy necessary to secure stability of educational finances.

(2) Matters necessary for local education subsidies, etc. for stability of educational finances shall be determined separately by other statutes (FRAMEWORK ACT ON EDUCATION).

Os professores devem se esforçar para evoluir como educador, guiar suas aulas sob a ética educacional e não devem influenciar os alunos a seguirem ou não determinados partidos políticos, com fulcro no artigo 14.

O artigo 28 do Ato trata das bolsas de estudo, ou auxílio financeiro destinado a estudantes que não tenham condições econômicas de suportar os gastos educacionais. Portanto, compete aos governos estaduais e locais fornecer os auxílios financeiros. O Estado também pode repartir as verbas escolares ou de outras despesas para os programas de educação de professores, para os formandos ou pesquisadores, que estudam na Coréia do Sul ou no exterior, em áreas de interesse do Estado. Enquanto os requisitos necessários para receber a bolsa de estudo serão determinados pela Presidência da República.

Article 28 (Scholarships, etc.)
(1) The State and local governments shall establish and provide scholarships, educational expense aid or such for persons who have difficulty in receiving education due to economic reasons.
(2) The State may subsidize all or part of school tuition fees or other required expenses to the following persons:
1. Persons who are in educational programs to be teachers;
2. Persons who major in or research, inside or outside the country, in fields especially needed by the State.
(3) Nece

> ssary matters for methods or procedures for granting scholarships and subsidies for educational expenses, and the qualifications for and duties of those who are to be provided with such scholarships and subsidies under paragraphs (1) and (2) shall be determined by Presidential Decree (FRAMEWORK ACT ON EDUCATION).

As consequências do investimento na educação são nítidas quando analisamos os resultados do PISA de 2018, o qual o Brasil estagnou na posição cinquenta e sete desde 2009 e a Coréia do Sul encontra-se na nona posição.

O Melhor Índice de Vida oferecido pela OECD, afirma que, a Coréia do Sul, país com "renda média doméstica disponível líquida ajustada per capita é de US$ 18.035 por ano" (OECD: BETTER LIFE INDEX SOUTH KOREA), e com índice de emprego de 64% (sessenta e quatro por cento) para pessoas entre quinze e sessenta e quatro anos de idade. A educação é o fator primordial para entrar no mercado de trabalho e

> É um país de desempenho superior em termos da qualidade de seu sistema educacional. O aluno médio obteve pontuação de 537 no domínio de leitura, matemática e ciências, no Programa Avaliação de Estudante Internacional (PISA- iniciais em inglês) da OECD (OECD: BETTER LIFE INDEX SOUTH KOREA).

Enquanto o Brasil, país com "renda média doméstica disponível líquida ajustada per capita é inferior à média da OCDE, de US$ 23.938 por ano" (OECD: BETTER LIFE INDEX BRAZIL), o índice de emprego é de 67% para pessoas de quinze a sessenta e quatro anos de idade. A educação formal também é requisito para a conquista do emprego remunerado. A qualidade do ensino, conforme os dados do PISA são de que "o aluno médio obteve pontuação de 406 no domínio de leitura, matemática e ciências, no Programa Avaliação de Estudante Internacional (PISA- iniciais em inglês) da OCD. Esta pontuação é inferior à média da OECD, de 497." (OECD: BETTER LIFE INDEX BRAZIL). O artigo conclui as abordagens educacionais afirmando que o Brasil consegue oferecer um ensino levemente satisfatório quanto à educação igualitária e de qualidade.

> Os melhores sistemas educacionais conseguem oferecer educação de alta qualidade a todos os alunos. No Brasil, a diferença média em resultados, entre os alunos das classes socioeconômicas mais altas e os alunos das classes socioeconômicas mais baixas é de 84 pontos, menor que a média da OCDE de 96 pontos. Isso sugere que o sistema educacional do Brasil fornece acesso relativamente igualitário à educação de alta qualidade (OECD: BETTER LIFE INDEX BRAZIL).

Concluindo, ambos os países possuem níveis gerais de ensino satisfatórios considerando suas particularidades. No entanto, a questão mais preocupante é a estagnação da classificação do Brasil no PISA, e o que se deve melhorar para que esse resultado mude no futuro.

4.3 CONSEQUÊNCIAS DAS DISTINTAS PRÁTICAS DE EDUCAÇÃO NO BRASIL E NA CORÉIA DO SUL

Pode-se deduzir, após todo o exposto ao longo da atual monografia, que o Brasil e a Coréia do Sul, países que sofreram, historicamente, percalços similares, mas que reagiram a eles de maneira destoante um do outro, as seguintes conclusões.

As consequências observadas são, primeiramente, a dualidade: direito positivado e direito adquirido.

Segundo Teixeira “a educação no Brasil, ao contrário, do que na Coreia do Sul, não é percebida como oportunidade de ascensão social e de maneira geral não parece ser valorizada pela sociedade como um todo” (TEIXEIRA, 2018). Essa mentalidade cultural de desvalorização da educação decorre do próprio desinteresse dos alunos, que não enxergam na educação uma forma de evoluir na sociedade, de seguir a carreira dos sonhos e continuar os estudos em faculdades e universidades renomadas no exterior. E, infelizmente, também da atuação mecânica dos professores ao ensinar, Teixeira, complementa ao dizer que os professores se preocupem em cumprir cronogramas, não enfatizando na “eficácia do aprendizado dos alunos”. Portanto, o que observamos é que o país está levando a educação de maneira automática, querendo evoluir na classificação no PISA, contudo essa vontade não é apresentada no esforço em desenvolver novas

formas alternativas e dinâmicas de aprendizagem, que despertem nos docentes e discentes a paixão por aprender.

O Brasil, historicamente, não valoriza como deveria os profissionais da educação. "[...] a desvalorização dos professores brasileiros e a despreocupação com a educação das próximas gerações nos afastam ainda mais do modelo educacional sul-coreano" (TEIXEIRA, 2018).

A conclusão advinda da pesquisa de mestrado da Alexsandra Teixeira foi de que "os sujeitos que avaliaram o sistema educacional brasileiro como ruim entendem que a falta de estímulo aos educadores, tanto material como estrutural, resulta em falta de comprometimento dos docentes e que, em geral, no Brasil, o professor perdeu sua autoridade e dignidade" (TEIXEIRA, 2018). Isso pode ser observado no comportamento dos alunos para com os professores, que ainda no ano de 2019, a nossa mídia mostra casos de violência sofrida por professores dentro da própria sala de aula (G1, 2019) e igualmente na questão econômica.

Não significando que o Brasil continuará a negligenciar os professores, visto os dados atuais abordados no tópico 4.1 (mecanismos utilizados para o alcance do direito social à educação) são a prova de que gradativamente a educação vem se tornando uma prioridade para o país e que mais recursos e direitos estão sendo concedidos aos profissionais da área

Ao passo que a Coréia do Sul vê nos docentes, desde tempos antigos, a melhor fonte de reprodução do conhecimento disponível, e para tanto, favorece a sua formação acadêmica tanto para o ambiente de sala de aula, quanto para as áreas de pesquisa científica, oferecendo, como demonstrado no tópico 2.1.2 (abordagem histórica constitucional na Coréia do Sul) redução da carga de aulas e apoio financeiro para que se dediquem às suas áreas de pesquisa.

A segunda consequência é quanto ao avanço e qualidade do ensino, segundo a tese de mestrado realizada por Alexsandra Teixeira (TEIXEIRA, 2018), ela levantou, através de pesquisas de campo, que 24,6% dos participantes classificaram a educação brasileira como ruim e 64,9% a classificaram como razoável, enquanto apenas 1,7% identificaram a educação como excelente e 8,8% como boa.

> Depois de um avanço educacional muito lento com relação aos outros países do mundo, desde meados da década de 90 o Brasil conseguiu aumentar significativamente a freqüência escolar em

> todos os níveis. Metade da geração nascida em 1982, por exemplo, alcançou o ensino médio. O problema agora está em melhorar a qualidade da educação que é oferecida para estes alunos na rede pública. Os resultados de avaliações internacionais mostram que o desempenho dos alunos brasileiros é muito ruim com relação ao que seria esperado e com relação a outros países (TEIXEIRA apud NAERCIO MENEZES FILHO).

Teixeira afirma que a qualidade do ensino brasileiro é baixa devido a preocupação do país em apenas subir de classificação no PISA, enquanto o incentivo dado ao alunos para melhorarem a sua aprendizagem é deixado de lado.

A educação sul coreana, por outro lado, foca no desenvolvimento das habilidades pessoais de cada aluno, atraindo, assim, o interesse do estudante para o ensino como algo cotidiano, fortalecendo o seu autoconhecimento e senso crítico, qualidades que beneficiam a comunidade, pois ela formará um cidadão capaz de evoluir individualmente e de contribuir, no futuro, positivamente para a sociedade.

A terceira consequência observada é a da falta de interesse dada à educação por parte dos alunos brasileiros.

> [...] não há incentivo para que os alunos tenham interesse pela educação de modo a evitar a evasão escolar, já que a educação brasileira não está vinculada à realidade e ao cotidiano dos alunos (TEIXEIRA, 2018).

Essa consequência está intimamente atrelada às anteriores. É um efeito em cascata. A denotação histórica negativa dada à educação pelos brasileiros, a desvalorização dos profissionais da educação, que, consequentemente, desestimulam os alunos a terem prazer pela aprendizagem. São questões que devem ser tratadas em conjunto, vez que não logrará êxito se o governo apenas aumentar as verbas para a educação e para o salário dos professores, se não se preocupar em oferecer ambientes seguros e prazerosos para o desenvolvimento da atividade educacional.

A quarta consequência trata do compromisso dos familiares para com a educação de seus filhos, tal questão foi explicada no tópico 3 (surgimento da educação como direito e garantia social no Brasil) do presente trabalho, nele notamos que o dever

de garantir o acesso à educação de qualidade não recai apenas sobre o Estado, mas que também é de obrigação da sociedade e da família.

Teixeira, em seu estudo, apontou que a diferença entre o apoio dado pelas famílias brasileiras e sul coreanas ocorre no aspecto econômico. Revelando que as famílias brasileiras acreditam que o ensino deve ser custeado pelo Estado, exclusivamente, ao passo que os coreanos investem na educação continuada de seus filhos, ao matriculá-los em cursos e aulas particulares.

> Neste quesito o apoio das famílias brasileiras diferencia-se das famílias sul-coreanas, uma vez que, somente um respondente indicou receber auxílio por meio do pagamento de aulas particulares. Este fato talvez indique que, culturalmente, no Brasil, de modo geral, as famílias entendem que financiar a educação é papel exclusivo do estado (TEIXEIRA, 2018).

Diante disso, percebemos que o Brasil ainda precisa evoluir muito para alcançar as suas sonhadas metas e diretrizes para o desenvolvimento da educação brasileira. Mas o que me anima é que sempre há coisas novas para se aprender com o mundo. Concluo com a presente pesquisa bibliográfica que o Brasil já evoluiu em muitos aspectos, mas algumas questões culturais nos distanciam dos nossos objetivos, como por exemplo, o grande investimento realizado pelo governo para a educação, mas que não impacta na vida cotidiana dos alunos e dos professores. Não vou me desgastar em questões de desvio de orçamento, que não é o foco do presente trabalho.

Mas, para concluir, apontarei alguns aspectos da educação coreana que o Brasil poderia tomar para si.

A mudança na didática educacional, aproximar os alunos do conteúdo ministrado faria uma enorme diferença na evasão escolar e na fixação dos conteúdos. O investimento na formação acadêmica dos docentes. Observei durante o desenvolvimento do tópico 3.1 (estudo das metas e estratégias do plano nacional de educação 2014/2024) que o grau acadêmico esperado dos profissionais da educação é de mestrado e doutorado, no entanto, tal especialização é custosa economicamente, e nem sempre será acessível a todos os profissionais que busquem por essa formação continuada, podendo ainda, bloquear a evolução no mercado de trabalho desses profissionais. Assim sendo,

oferecimento de bolsas ou outros auxílios financeiros poderiam tornar o mestrado e doutorado mais exequível.

Continuando, educar a população no sentido de valorizar a educação. Não apenas como uma maneira de se inserir no mercado de trabalho, mas como algo prazeroso, que é responsável por criar seres humanos melhores, os quais, conhecendo a si mesmos oferecerão à sociedade o melhor de si, terão empatia pelo próximo e lutarão para transformar a sociedade preconceituosa e classista que vivemos na atualidade.

CONCLUSÃO

As problemáticas estudadas neste trabalho de conclusão de curso versam sobre a inquietação da comparação entre o Brasil e a Coréia do Sul quanto ao incentivo à educação, a utilização de políticas públicas para mudar a realidade da coletividade, e em que medida o direito social à educação é atendido e resguardado em cada país. Mesmo que o Brasil e a Coréia do Sul sejam diferentes culturalmente e economicamente, a história nos mostra pontos paralelos, em que ambos encontravam-se em situações semelhantes de crise, mas que a forma como reagiram distintamente à essas situações e as suas consequências na época repercutem até os dias atuais.

Encerro o presente trabalho de conclusão de curso com a afirmação de que o Brasil evoluiu em certos aspectos, mas se distanciou de seus objetivos em outros. Recobro, ainda, características do sistema educacional coreano que o Brasil poderia aderir.

Como a mudança na didática educacional, o investimento na formação acadêmica dos docentes, e da criação de políticas públicas efetivas de incentivo econômico para àqueles que não possuem condições de arcar com os altos custos da educação de qualidade.

Assim sendo, a primeira característica a se considerar é uma mudança na didática educacional, mudanças elementares na dinâmica de abordagem do conteúdo em sala de aula e em como os alunos podem participar ativamente das mesmas, impactaria diretamente na redução da evasão escolar e na fixação dos conteúdos ministrados. Pois a metodologia coreana fixa no desenvolvimento das individualidades e dos pontos fortes de seus alunos, cria nos mesmos a sensação de pertencimento àquele ambiente e de importância nas suas atitudes, enraizando nas crianças o pensamento crítico e criativo.

O investimento na formação acadêmica dos docentes precisa ser revisto vez que o grau acadêmico esperado dos profissionais da educação é de mestrado e doutorado, entretanto, tal especialização é custosa economicamente, caracterizando um limitador a todos os profissionais que busquem por essa formação continuada, e desencorajando-os a evoluírem no mercado de trabalho. Portanto, o oferecimento de bolsas ou outros auxílios financeiros poderiam tornar o mestrado e doutorado mais exequível.

Outro ponto que deveria ser revisto é a mentalidade dos brasileiros quanto à importância da educação. Educar a população no sentido de valorizar a educação deveria ser o principal objetivo do governo. Cativar a sociedade para visualizar a educação não apenas como uma maneira de se inserir no mercado de trabalho, mas como algo prazeroso, que é responsável por criar seres humanos melhores, os quais, conhecedores a si mesmos, oferecerão à sociedade o melhor de si, terão empatia pelo próximo e lutarão para reformar a comunidade preconceituosa e classista que vivemos na atualidade.

Acredito que os benefícios que essas mudanças trariam para a sociedade superam os velhos argumentos de que não existem verbas suficientes para que as metas e diretrizes da educação não possam evoluir do ensino passivo atual para o ativo demonstrado na legislação e cotidiano dos coreanos, tendo tudo para enriquecer a educação brasileira, já que ficou evidente, pelo estudo realizado até o momento, que não podemos insistir nesse padrão ultrapassado de educação, onde o professor finge que transmitiu um conhecimento e o aluno finge que absorveu o mesmo.

A frase de abertura da tese de mestrado da Alexsandra Teixeira exemplifica o meu ponto de vista,

> Conduza o povo por meio das leis e controle-o com penalidades, e o povo procurará ficar fora da prisão, mas não terá o senso da vergonha. Conduza o povo pela virtude e oriente-o pelas normas do decoro, e o povo adquirirá o senso da vergonha e, além disso, se tornará bom. (TEIXEIRA apud CONFÚCIOVI-V AC).

O presente trabalho demonstrou, repetidamente, que a educação para os sul-coreanos possui uma relevância e conotação além da atribuída por nós brasileiros. Culturalmente, a importância dada para a educação destoa entre o Brasil e a Coréia do Sul, enquanto vemos na educação um fardo a ser carregado até o momento em que consigamos um emprego capaz de pagar as nossas futuras dívidas, e se dermos sorte, nos

proporcione alguns momentos de lazer. Eles veem no ensino uma forma de desenvolvimento emocional e pessoal primeiro, focado no aperfeiçoamento de habilidades individuais e do senso crítico, características que incutirão nos alunos valores importantes como empatia, solidariedade e racionalidade, transferindo posteriormente todo esse conhecimento de volta para a sociedade, moldando-a para superar questões tão antigas como o preconceito, a diferença de classes e o descaso do Estado para com a educação de suas futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ACCA, Thiago dos Santos. **Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006**. 2009. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de direito Administrativo**, v. 217, p. 67-79, 1999.

BNCC. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: <http://download.basenacionalcomum.mec.gov.br/>. Acesso em 11 de maio de 2020.
BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal Brasília. DF, 1988.
BRAZIL KOREA. Hangul Day. Disponível em: <https://www.brazilkorea.com.br/hangul-day-%ED%95%9C%EA%B8%80%EB%82%A0/>. Acesso em 29 de abril de 2020.
BUFFET, Jacky; REGNIER, Philippe. Desenvolvimento econômico, mudança social e desafios da democratização: As experiências do Brasil e da Coréia do Sul. **Indicadores Econômicos FEE**, v. 22, n. 1, p. 107-122, 1994.

CONCEIÇÃO, Lourivaldo da. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2016.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de pesquisa**, n. 116, p. 245-262, 2002.
DA SILVA, Heitor Felipe; DE CARVALHO, Ana Beatriz Gomes Pimenta. Investimentos em educação, pesquisa e desenvolvimento como estratégia para o desenvolvimento das nações. **Redin-Revista Educacional Interdisciplinar**, v. 5, n. 1, 2016.

DE MELO, Pedro Antônio; DE MELO, Michelle Bianchini; DA SILVA NUNES, Rogério. A educação a distância como política de expansão e interiorização da educação superior no Brasil. **Revista de Ciências da Administração**, v. 11, n. 24, p. 278-304, 2009.

DE OLIVEIRA, Alexandre da Silva; DE ALMEIDA, LUCAS LOPES. Brasil e Coréia. **Augusto Guzzo Revista Acadêmica**, v. 1, n. 22, p. 131-149, 2018.

DE SOUZA, Adimara Aparecida Martins; GUIMARÃES, Lucélia Tavares. UMA

EDUCAÇÃO TRANSFORMADORA FRENTE AOS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS. **ANAIS DO SEMINÁRIO EM EDUCAÇÃO E COLÓQUIO DE PESQUISA**, v. 2, n. 11, p. 302-311, 2017.

EDUCATION and literacy. **Republic of Korea. UNESO INSTITUTE FOR STATITICS**. Disponível em: <http://uis.unesco.org/en/country/kr?theme=education-and-literacy>. Acesso em: 17 de Abril de 2019.

EDUCATION IN KOREA 2019. MINISTRY OF EDUCATION. Disponível em: <http://english.moe.go.kr/boardCnts/view.do?boardID=282&boardSeq=80325&lev=0&searchType=null&statusYN=W&page=1&s=english&m=0303&opType=N>. Acesso em 10 de junho de 2020.

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. Editora Paz e terra, 2014.

G1. GLOBO NOTÍCIAS: PROFESSOR ATACADO POR ALUNO. Disponível em: < https://g1.globo.com/pr/oeste-sudoeste/noticia/2019/06/10/ja-perdoei-diz-professor-atacado-por-aluno-na-sala-de-aula-em-formosa-do-oeste.ghtml>. Acesso em 09 de junho de 2020.

GROFF, Paulo Vargas. **Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras.** id/496910, 2008.

GUIMARÃES, Alexandre Queiroz. Estado e economia na Coreia do Sul-do Estado desenvolvimentista à crise asiática e à recuperação posterior. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 30, n. 1, p. 45-62, 2010.

LEE, Gilton. **Brain Korea 21: A development-oriented national policy in Korean higher education**. International Higher Education, n. 19, 2000.

LEI DE EDUCAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA COREANA. Disponível em: < http://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=24786&type=sogan&key=2>. Acesso em 30 de abril de 2020.

LOPEZ, Chris; MARLOW-FERGUSON, Rebecca. **World education encyclopedia: a survey of educational systems worldwide**. Gale Group, 2002.

MOE. MINISTRY OF EDUCATION. Disponível em: <http://english.moe.go.kr/sub/info.do?m=040101&s=english>. Acesso em 20 de março de 2020.

MOE: FRAMEWORK ACT ON EDUCATION. Disponível em: < http://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/subjectViewer.do?hseq=49091&type=subject&key=02&pCode=29&pName=Tuition%20Support>. Acesso em 09 de junho de 2020.

OECD. BETTER LIFE INDEX: BRASIL. Disponível em: < http://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/brasil/ >. Acesso em 09 de junho de 2020.

OECD. BETTER LIFE INDEX: CORÉIA DO SUL. Disponível em: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/coreia,do,sul/>. Acesso em 09 de junho de 2020.

OVERVIEW OD EDUCATION SYSTEM. MINISTRY OF EDUCATION. Disponível em: <http://english.moe.go.kr/sub/info.do?m=020101&s=english>. Acesso em 10 de junho de 2020.

PISA. FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/12/prova-expoe-decada-de-estagnacao-no-ensino-no-brasil-china-passa-a-liderar.shtml>. Acesso em 09 de junho de 2020.

PNE. Plano nacional de Educação: MEC. Disponível em: <http://pne.mec.gov.br/18-planos-subnacionais-de-educacao/543-plano-nacional-de-educacao-lei-n-13-005-2014>. Acesso em 11 de maio de 2020.

PORTAL DO MEC: AJUSTE DO SALÁRIO DOS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. Acesso em: <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/32666#:~:text=O%20piso%20salarial%20do%20magist%C3%A9rio,16%20de%20julho%20de%202008.>. Disponível em 09 de junho de 2020.

TEIXEIRA, Alexsandra. **Fatores de sucesso da educação sul-coreana**. 2018.

VIDAL, Diana Gonçalves. Escola Nova e processo educativo. **500 anos de educação no Brasil**, 2000.

MÁRCIA MARIA CARNEIRO SOARES

O PODER CAUTELAR DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Artigo científico apresentado como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília.

Orientador: Prof. Rogério Oliveira Anderson.

Brasília/DF
2020/1

O PODER CAUTELAR DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Resumo
Controlar é fiscalizar as atividades de pessoas ou órgãos para que essas atividades não se desviem das normas preestabelecidas. Para atingir os interesses da sociedade, a Administração Pública também se submete a diversos controles, cada qual com suas particularidades e áreas específicas de atuação. No Brasil, a titularidade do controle externo da Administração Pública é conferida constitucionalmente ao Congresso Nacional, que conta com o auxílio do Tribunal de Contas da União, órgão técnico dotado de inúmeras competências e funções e diversos instrumentos de fiscalização da gestão dos recursos públicos federais. O objetivo deste trabalho é refletir sobre os tipos de controle exercidos pelo Tribunal de Contas da União sobre a Administração Pública, especificando suas características e mecanismos de atuação, e o exercício do seu poder cautelar como instrumento para o cumprimento da sua missão constitucional de controle externo.

Palavras-chave: Controle da Administração Pública. Controle Externo. Tribunal de Contas da União. Controle Prévio. Poder Cautelar.

Abstract
Controlising is to monitor the activities of people or agencies so that these activities do not deviate from the pre-established norms. To achieve the interests of society, the Public Administration also submits to several controls, each with its particularities and specific areas of activity. In Brazil, the ownership of the external control of the Public Administration is constitutionally conferred on the National Congress, which has the help of the Federal Court of Accounts, a technical body with numerous competencies and functions and various instruments for the supervision of the management of federal public resources. The objective of this work is to reflect on the types of control exercised by the Federal Court of Accounts on public administration, specifying its characteristics and mechanisms of action, and the exercise of its precautionary power as an instrument for the fulfillment of its constitutional mission of external control.

Keywords: Control of Public Administration. External Control. Federal Court of Accounts. Prior Control. Restraining Power.

1. Introdução

Constitucionalmente, o Brasil é uma República Federativa instituída na forma de Estado Democrático de Direito, o qual é regido por normas democráticas e com respeito aos direitos e garantias fundamentais atribuídas ao povo e pressupõe o controle das atividades estatais.

Esse controle é uma das funções administrativas tradicionais, sendo legalmente conferidas às instituições atribuições de controlar e fiscalizar os governantes em todos os níveis, e consiste, basicamente, na verificação do cumprimento das ações planejadas e no alcance dos objetivos estabelecidos.

Conforme estabelece o art. 70 da Constituição Federal de 1988, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Já o art. 71 da Lei Magna dispõe que esse controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, segundo rol de competências que arrola, dentre elas a de julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos federais, assim como as contas de qualquer pessoa física ou jurídica que ocasionar perda, extravio ou outra irregularidade que resulte em prejuízo ao erário.

Ao auxiliar o Congresso Nacional na missão de acompanhar a execução orçamentária e financeira do país, o TCU busca contribuir com o aperfeiçoamento da Administração Pública em benefício da sociedade. Para isso, tem como meta ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável.

Ocorre, todavia, que, conforme Valdecir Pascoal (2009), via de regra, o controle externo exercido pelo TCU se faz **a posteriori**. Com efeito, dentre as atribuições constitucionalmente conferidas ao Tribunal de Contas da União não está inserido o controle prévio dos atos, contratos ou negócios jurídicos a serem realizados pela Administração Pública, ou seja, o controle realizado como condição de eficácia dos objetos fiscalizados.

O fato é que esse tipo de controle constitui uma das formas mais eficientes de fiscalização da gestão pública, pois contribui para a prevenção da consumação de prejuízo ou de ilicitudes. Destarte, é instrumento indispensável para a adequada proteção do erário, ante o impedimento da malversação de recursos públicos.

Em que pese não ter legitimidade para realizar esse tipo de controle no âmbito da sua competência fiscalizatória, o TCU tem se utilizado de outras diferentes estratégias, dentre elas a adoção de medidas cautelares preventivas – no exercício do seu poder cautelar, o qual não se confunde com controle prévio dos atos administrativos – para, em havendo constatação de dano potencial ao erário, evitar a sua concretização e, por conseguinte, a ineficácia de sua atuação.

Isso porque, em um momento da vida nacional em que o povo brasileiro exige a prestação de serviços públicos de melhor qualidade e o combate ao desperdício de recursos públicos, a sociedade e o Congresso Nacional têm demandado do Tribunal de

Contas da União ações cada vez mais ágeis e efetivas no sentido de aprimorar sua capacidade de prevenir irregularidades, controlar gastos e inibir o desvio de recursos públicos.

Não há dúvidas de que o fortalecimento do controle exercido legitimamente pelo TCU, especialmente o consubstanciado por meio de medidas cautelares, tem contribuído para o aperfeiçoamento da gestão pública.

2. O controle da Administração Pública

2.1 Tipos de Controle

O Estado relaciona-se permanentemente com a sociedade. Dessas relações surgem as funções que lhe são próprias, exercidas por meio dos seus órgãos – instituições burocráticas que prestam serviços públicos, ligados a uma das funções fundamentais (executiva, legislativa ou jurídica). O conjunto desses órgãos constitui, formalmente, a Administração Pública.

Por outro lado, o Estado submete-se à ordem e à eficiência administrativas e à eficácia dos seus atos. Esses princípios criam mecanismos ou sistemas de controle das atividades estatais, os quais buscam defender tanto a própria administração pública como os direitos e garantias coletivos.

São três os sistemas de controle da Administração Pública definidos pela Constituição Federal: a) o controle interno, realizado pelos próprios órgãos do aparelho estatal; b) o controle externo, realizado pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos tribunais de contas; e c) o controle popular, realizado pela sociedade.

O controle interno se dá dentro da mesma estrutura hierárquica; o externo é exercido de um poder para outro; e o popular envolve a participação dos administrados e/ou dos órgãos que possuem finalidade de controle na fiscalização dos atos da Administração Pública.

Sob a ótica do executor, o controle pode ser administrativo, legislativo e judiciário, conforme seja realizado pela própria Administração ou pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Quanto ao objeto, o controle pode ser de legalidade, exercido pela própria Administração ou pelo Judiciário, impondo-se a anulação do ato administrativo em caso de ilegalidade, ou de mérito, exercido apenas pela Administração, ao julgar a oportunidade e conveniência da manutenção do ato já editado, optando-se pela sua

revogação em caso de invalidação.

A nova ordem constitucional instituída pela Carta de 1988 inovou ao prever, também, o controle de economicidade e o de legitimidade.

Há, ainda, o controle hierárquico, próprio do escalonamento dos órgãos, e o controle finalístico, que não se baseia no poder hierárquico, mas permite a constante fiscalização de uma entidade controladora.

Segundo o tempo do seu exercício, explica Bernardo Alves da Silva Júnior (2008) que o controle poderá ser prévio (**a priori**), concomitante (sucessivo) ou posterior (**a posteriori**).

O controle prévio é o que antecede a conclusão do ato como requisito para sua eficácia. Tem natureza preventiva, pois visa impedir que seja praticado ato ilegal ou contrário ao interesse público, destinando-se a orientar os agentes públicos no sentido de evitar o cometimento de falhas, bem como de sanar vícios em procedimentos antecedentes a atos administrativos.

Como exemplos de controle prévio têm-se: a) a autorização ou aprovação prévia do Congresso Nacional ou de uma de suas Casas de determinados atos do Poder Executivo; b) a liquidação da despesa pelo gestor, como condição prévia ao seu pagamento; c) a autorização do Senado Federal para a contratação de empréstimo externo; e d) o exame jurídico de editais de licitação antes de sua publicação.

Já o controle concomitante dá-se durante a execução do ato, no acompanhamento da conduta estatal na gestão e aplicação dos recursos públicos. Tem aspectos preventivos e repressivos, conforme o andamento da atividade administrativa. São exemplos de controle concomitante: a) a realização de inspeções e de monitoramentos pelos tribunais de contas; e b) o acompanhamento de despesas não autorizadas pela comissão mista do Congresso Nacional.

O controle posterior é realizado após à edição dos atos administrativos. Seu objetivo é rever os atos já praticados para corrigi-los, desfazê-los ou apenas confirmá-los. É um controle de caráter corretivo, tendo também, se for o caso, natureza sancionadora. São exemplos: a) a aprovação, homologação, anulação, revogação e convalidação de atos administrativos; b) a realização de auditorias; b) a apreciação da legalidade dos atos pelo Poder Judiciário; c) o exame e julgamento de prestações e tomadas de contas pelos tribunais de contas.

Nas palavras de Alcindo Antônio Amorim Batista Belo (2009), o controle prévio é o mais avançado, pois de maior efetividade.

2.2 Controle externo

Por meio de leis, o Congresso Nacional delega os meios para que a Administração Pública alcance os objetivos políticos, econômicos e sociais predefinidos. Todavia, para avaliar o alcance dos resultados das ações empreendidas pelos agentes estatais, o Congresso Nacional precisa de instrumentos com essa finalidade. Este é o princípio fundamental do controle externo, prerrogativa da qual o Poder Legislativo é titular.

Realizado independentemente do controle interno, o controle externo consubstancia-se na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, incluídas aí as entidades de administração direta ou indireta e as fundações instituídas ou mantidas com recursos públicos, sob os ângulos da legalidade, legitimidade, economicidade, razoabilidade, eficiência, eficácia e efetividade.

Em essência, sua finalidade é atestar a probidade dos atos da Administração Pública, a regularidade dos gastos públicos e do emprego de bens, valores e dinheiros públicos e a fiel execução do orçamento.

O Poder Legislativo exercita o controle externo diretamente, por meio de atos que lhe são constitucionalmente atribuídos, como, por exemplo, a autorização para a obtenção de empréstimos, a realização de operações de crédito externo por estados e municípios e a sustação de contratos administrativos, ou indiretamente, por meio dos tribunais de contas, órgãos técnicos incumbidos de auxiliá-lo no exercício da fiscalização financeira e orçamentária da Administração Pública.

Os tribunais de contas não são subordinados ou vinculados ao Poder Legislativo. São órgãos administrativos investidos de autonomia orçamentária e administrativa, cujas atribuições constam expressamente no texto constitucional. São órgãos colegiados autônomos de estatura constitucional cuja atuação ocorre no campo técnico-administrativo, não sendo, portanto, de índole política.

São compostos por ministros ou conselheiros, a quem competem a discussão e o julgamento dos assuntos sujeitos ao controle externo, por procuradores, encarregados da defesa da ordem jurídica, e por técnicos, que são os responsáveis pela instrução dos processos de controle externo, para posterior julgamento.

A competência dos tribunais de contas é bastante ampla, alcançando não só os

órgãos e entidades públicas como, também, toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, que utilize recursos públicos, conforme disposto no art. 70 da Constituição Federal.

Segundo os preceitos constitucionais, o objeto de controle pelos tribunais de contas são todos os atos, procedimentos licitatórios, contratos administrativos, ajustes, convênios e demais documentos públicos que tenham ou possam vir a ter repercussão e implicações de natureza contábil, orçamentária, financeira, operacional ou patrimonial.

As contas prestadas pelos administradores de recursos públicos dos seus atos de gestão são apreciadas pelos tribunais de contas levando em consideração os aspectos da legalidade (no que tange à verificação da conformidade de cada ato com os preceitos da Constituição Federal, da Lei de Responsabilidade Fiscal, da Lei de Licitações e Contratos, das leis orçamentárias, dos editais de concursos e de licitações, dentre outras normas aplicáveis à gestão de recursos públicos), da legitimidade (observância do interesse público) e da economicidade (relação custo-benefício e preços razoáveis).

Os tribunais de contas atuam no sentido de garantir a moralidade dos atos e a probidade na gestão dos recursos públicos, podendo, por exemplo, sustar atos administrativos reputados ilegais, exercer o controle de constitucionalidade de leis ou atos do Poder Público e adotar medidas cautelares, dentre outras providências.

No Brasil, há o Tribunal de Contas da União, 27 tribunais de contas dos estados, incluindo o Tribunal de Contas do Distrito Federal, e 6 tribunais de contas dos municípios, além dos tribunais de contas específicos para as cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo. Nos termos do art. 75 da Constituição Federal, as normas relativas à organização e fiscalização do Tribunal de Contas da União se aplicam aos demais tribunais de contas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a regra geral prevista nas duas últimas Constituições Federais é a do exercício do controle **a posteriori** dos atos da Administração Pública.

2.3 Controle externo prévio

Conforme ensinamento de Alcindo Antônio Amorim Batista Belo (2009), considerando o sistema de controle em vigor no Brasil, o controle externo deve ser exercido somente após um ato administrativo com potencial de repercussão contábil, financeira ou patrimonial, porquanto os tribunais de contas não podem se antecipar à vontade do administrador, imiscuindo-se na implementação das políticas públicas definidas pelo Poder Legislativo.

Para esse autor, somente a partir do momento em que se começa a materialização dessas políticas, com, por exemplo, a publicação de um edital licitatório, a realização de um gasto público e a contratação de servidores, é que os tribunais de contas têm o poder-dever de examinar os atos administrativos.

Não obstante, a depender do momento de atuação do órgão fiscalizador em relação ao objeto a ser fiscalizado, o controle da Administração Pública pelos tribunais de contas é possível de ser realizado previamente, sem que isso configure inobservância dos preceitos constitucionais e invasão da esfera de competência dos entes estatais.

Segundo Valdecir Pascoal (2009), só se pode concluir sobre o momento de atuação do controle externo quando se define um fato-referência, que pode ser a despesa específica, ou o ato administrativo com potencial de repercussão contábil, financeira ou patrimonial, ou o contrato, ou, ainda, o exercício financeiro, dentre outros.

Exemplificando, ao se tomar como referência a execução de uma despesa específica, considerando-se todos os atos processados a partir do seu empenho até a sua liquidação e pagamento, o controle exercido pelos tribunais de contas pode ser prévio, concomitante e posterior a esse objeto fiscalizado. Como exemplo de controle prévio nessa situação, tem-se o exame da legalidade de editais de licitação e de concursos públicos, que podem acontecer antes da celebração do contrato ou da realização do certame, ou seja, antes da despesa propriamente dita. Em que pese não serem atos administrativos concretizadores de uma despesa pública, possuem potencial nesse sentido, razão pela qual se sujeitam à tutela fiscalizadora dos tribunais de contas, após a devida edição e publicação.

A propósito, a Lei de Licitações e Contratos previu expressamente, no art. 113, §2º, a possibilidade de os tribunais de contas examinarem editais de licitação e, em caso de haver irregularidades e falhas, determinar ao gestor a sua correção. Trata-se de um exemplo simultâneo de controle prévio e concomitante da gestão por parte dos tribunais de contas. Concomitante ao procedimento licitatório, que se encontra em curso, e prévio em relação ao fim desse procedimento e à assinatura do contrato com o licitante vencedor do certame.

Por outro lado, se o objeto a ser fiscalizado se tratar de um ato administrativo, só é possível a realização de controle posterior, pois inexiste no atual ordenamento jurídico brasileiro qualquer hipótese que condicione a edição, validade ou eficácia de ato administrativo ao controle prévio dos tribunais de contas.

3. O Tribunal de Contas da União

3.1 Competências e funções

Regido pela Lei 8.443/1992, o Tribunal de Contas da União é o mais importante órgão de controle externo da Administração Pública, cabendo-lhe zelar pelo erário, isto é, pelos recursos federais, e cuja jurisdição se estende a todos que administram dinheiros, bens ou valores públicos, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal.

Suas competências privativas estão disciplinadas nos arts. 33, § 2º, 70, 71, 72, § 1º, 74, § 2º e 161, parágrafo único, da Constituição Federal, destacando-se: a) a apreciação das contas anuais do presidente da República; b) o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos; c) a realização de inspeções e auditorias por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional.

Subsidiariamente, tem as seguintes competências infraconstitucionais, previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, na Lei de Licitações e Contratos e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, dentre outras: a) a apreciação de representação contra irregularidades em processo licitatório; b) o acompanhamento dos processos de desestatização; c) a fiscalização do cumprimento das normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal; d) a apreciação de infrações administrativas contra as leis de finanças públicas; e) o envio à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional de informações sobre a execução físico-financeira das obras constantes dos orçamentos fiscal, da seguridade social e de investimento.

Até a Constituição Federal de 1967, o TCU era definido como órgão de controle **a posteriori**, regra geral até hoje vigente. A partir da Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Contas da União passou a exercer seu controle de forma concomitante (nos casos de fiscalizações) ou posterior (nos casos de apreciação de prestação de contas).

O Tribunal de Contas da União é um órgão colegiado – compostos por nove Ministros – cujas decisões são tomadas a partir de um processo administrativo de controle, com observância às garantias do devido processo legal, respeitados os direitos ao contraditório e à ampla defesa dos responsáveis por irregularidades na gestão, ante o disposto no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

A decisão do TCU que reconhece débito tem eficácia de título executivo extrajudicial, cuja legitimidade para o ajuizamento da execução é do ente público beneficiário da condenação.

3.2 Instrumentos de controle

Conforme previsto na sua lei orgânica (Lei 8.443/1992) e no seu regimento interno (aprovado pela Resolução TCU 155/2002), o Tribunal de Contas da União, no desempenho de suas atribuições, aprecia, anualmente, sob os aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência e eficácia, as contas dos responsáveis pelas unidades da Administração Pública Federal sujeitas a sua jurisdição, as quais são compostas por um conjunto de demonstrativos e documentos de natureza contábil, financeira, patrimonial, orçamentária e operacional, julgando-as regulares, regulares com ressalvas, irregulares ou iliquidáveis.

A primeira hipótese ocorre quando a conta expressa, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável. As ressalvas, por sua vez, decorrem da existência de impropriedades ou falhas de natureza formal de que não resultem dano ao erário.

Já a irregularidades das contas advém da omissão no dever de prestá-las; da prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; de dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos e de reincidência no descumprimento de determinações do Tribunal. Por fim, as contas serão consideradas iliquidáveis quando caso fortuito ou força maior tornar materialmente impossível o julgamento de mérito.

Os procedimentos, regras, conceitos fundamentais, princípios básicos e elementos de conteúdo para elaboração das contas são definidos pelo TCU em atos normativos. Essas normas também definem os entes que devem prestar contas do valor público gerado, preservado ou entregue à sociedade e do uso apropriado dos recursos que lhes foram entregues para isso.

A prestação de contas anual é um dever estabelecido na Constituição que obriga tanto o Presidente da República quanto os administradores de órgãos e entidades do setor público (arts. 70 e 71 da Constituição Federal). Ao Presidente cabe prestar as contas consolidadas de todo o governo. Aos demais administradores, cabe prestar contas dos resultados alcançados na gestão dos recursos confiados à sua responsabilidade em face dos objetivos de interesse coletivo estabelecidos pelo poder público.

O processo de exame e julgamento de contas anuais permite ao Tribunal formar

juízo sobre a gestão dos responsáveis pela administração de recursos públicos federais, bem como fazer determinações e imputar sanções, as quais, no que tange ao mérito, não são recorríveis a outro órgão que não ao próprio TCU.

O TCU examina, também, as contas dos órgãos ou entidades repassadores de recursos públicos, bem como dos entes federativos e entidades privadas que receberem esses recursos, que lhes são encaminhadas anualmente pelo controle interno de cada órgão, para apreciação e julgamento quanto ao fiel cumprimento do pactuado no convênio ou outros instrumentos congêneres de transferência de recursos públicos.

Diante de irregularidades detectadas em suas análises, o Tribunal determina a realização de diligência, oitiva, audiência e/ou citação dos envolvidos, para obtenção de informações e/ou esclarecimentos/justificativas necessárias à apreciação das ocorrências examinadas.

Em se tratando de omissão na prestação de contas ou irregularidades na aplicação dos recursos públicos federais, compete ao órgão responsável pela aplicação ou pelo repasse desses recursos adotar as medidas administrativas ao seu alcance para sanar os problemas detectados. Esgotadas as possibilidades, deve esse órgão instaurar a tomada de contas especial, processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, previsto na Instrução Normativa TCU 71/2012, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento.

A TCE constitui medida de exceção, portanto a Administração deve esgotar todas as medidas administrativas para elidir a irregularidade que lhe deu ensejo e/ou obter o ressarcimento do dano, antes de sua formalização.

Uma vez autuada, o TCU julgará a tomada de contas especial, cuja decisão constituirá título executivo extrajudicial em favor do Tesouro Nacional ou do cofre credor federal, para recomposição do dano causado.

Em caso de julgamento pela irregularidade das contas, as seguintes sanções podem ser aplicadas pelo TCU, isolada ou cumulativamente, dentre outras:

- condenação do responsável ao recolhimento do débito eventualmente apurado;

- aplicação ao responsável de multa proporcional ao valor de prejuízo causado ao erário, sendo o montante do dano o limite máximo da penalidade;

- aplicação de multa aos responsável por contas julgadas irregulares, por ato irregular, ilegítimo ou antieconômico, por não atendimento de diligência ou determinação do Tribunal, por obstrução ao livre exercício de inspeções ou auditorias e/ou por

sonegação de processo, documento ou informação;

- declaração de inabilitação, pelo período de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública; e

- declaração de inidoneidade do responsável por fraude em licitação para participar, por até cinco anos, de certames licitatórios promovidos pela Administração Pública.

Cabe destacar, ainda, que as penalidades aplicadas pelo TCU não excluem a aplicação de sanções penais e de outras sanções administrativas pelas autoridades competentes. Ressalte-se, também, que a legislação eleitoral prevê a inelegibilidade, por um período de cinco anos, dos responsáveis por contas irregulares.

Além dos exames conduzidos nas contas ordinárias e extraordinárias, o TCU pode, por iniciativa própria ou em casos de denúncias e representações, realizar ações de controle específicas para apurar indícios de irregularidades.

Já por meio de auditorias, o TCU verifica a conformidade dos atos dos administradores com a legislação aplicável à espécie. Tais instrumentos podem, também, ser destinados a avaliar o desempenho e os resultados da gestão pública. Como resultado das auditorias, o TCU pode fazer recomendações, determinações ou aplicação de sanções aos administradores públicos.

Outro instrumento de controle do TCU é o acompanhamento, realizado de forma periódica e concomitante à execução dos atos de gestão, mediante coleta de informações e/ou realização de fiscalizações, cujo principal objetivo é prevenir a ocorrência de atos danosos ao interesse público, seja por se mostrarem em desacordo com os normativos vigentes, seja por não alcançarem os objetivos previstos de forma econômica, eficiente, eficaz, efetiva e equitativa.

O acompanhamento se difere de outras ações de controle por permitir verificações de atos das unidades jurisdicionadas à medida que são realizados e com periodicidade maior.

4. O poder cautelar dos tribunais de contas no exercício do controle externo

4.1 O poder geral de cautela

No art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, restou instituído o poder geral de cautela, consubstanciado na adoção de medidas urgentes dirigidas à garantia da

utilidade de futura manifestação e a evitar perecimento de direitos.

Como assevera Bernardo Alves da Silva Júnior (2008), consiste a tutela cautelar em "*providência adotada com vistas a assegurar uma situação jurídica ou a efetividade da proteção do direito material, retratando medida de urgência tendente a evitar dano irreparável ou de difícil reparação*".

No entendimento de Alcindo Antônio Amorim Batista Belo (2009), o poder geral de cautela, que é inerente à competência para decidir, quer no âmbito administrativo ou judicial, não enseja ao julgador a possibilidade de decidir antecipadamente a controvérsia. Ou seja, quando defere medida cautelar, o julgador emite um juízo de valor perfunctório contra uma conduta lesiva à ordem legal e/ou ao patrimônio público.

Como conclui esse autor, o poder de cautela busca, na verdade, preservar a efetividade do processo, a qual poderia restar descaracterizada sem uma intervenção tempestiva do julgador. Nesse sentido, visa assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou de uma situação jurídica tutelável ou a efetividade da proteção do direito material, retratando medida de urgência tendente a evitar dano irreparável ou de difícil reparação.

Destarte, os provimentos de natureza cautelar acham-se instrumentalmente vocacionados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando, desse modo, plena eficácia e utilidade à tutela estatal a ser prestada.

4.2 O poder de cautela dos tribunais de contas

Consoante previsto no art. 71, incisos IX e X, da Constituição Federal, diante da apuração de transgressão da ordem jurídica quando da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos atos administrativos, devem os tribunais de contas assinar prazo para que o ente estatal adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei e, em caso de não atendimento, sustar a execução dos atos impugnados, comunicando a decisão ao Congresso Nacional.

Ainda que tais dispositivos não tenham expressamente conferido o poder de cautela aos tribunais de contas, reconhece-se, à luz da teoria dos poderes implícitos, originada do constitucionalismo norte-americano, que essa possibilidade é inerente ao próprio exercício de suas atribuições e competências. São competências implícitas que decorrem da própria natureza da função.

Referida teoria, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América

no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), defende que, para cada poder concedido pela Constituição a um determinado ente estatal, outorga-se-lhe, paralelamente e de forma implícita, amplos poderes para a efetivação desse poder. Ou seja, a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos (MS 26.547/DF, Relator Ministro Celso de Mello).

Com efeito, para Bernardo Alves da Silva Júnior (2008), se as Cortes de Contas têm legitimidade para determinar aos órgãos ou entidades da Administração Pública a adoção das medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade possuem legitimidade para a expedição de medidas cautelares, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões.

No caso, o exercício do poder de cautela pelos tribunais de contas destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por eles tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia.

As decisões de mérito dos tribunais de contas não teriam efetividade caso não se pudesse, presentes os pressupostos de fundado receio de lesão grave e de difícil reparação e do perigo da demora, obstar a continuidade da ilicitude.

Ora, como os tribunais de contas estão incumbidos de zelar pela fiscalização da boa e regular aplicação dos recursos públicos, sendo de interesse público que suas decisões sejam efetivas, é seu poder-dever utilizar dos meios cautelares necessários para tal. Por outro lado, com fulcro nos princípios da eficiência, da indisponibilidade do interesse público e da resolução rápida dos processos, previstos nos arts. 5º, inciso LXXVIII, 37 e 71 a 75 da Constituição Federal, os tribunais de contas devem atuar de forma mais célere possível no cumprimento de suas atribuições constitucionais de controle externo.

Alcindo Antônio Amorim Batista Belo assevera (2009) que "*O Tribunal de Contas consiste em um Órgão de controle externo fiscalizador da Administração Pública dos três Poderes dos Entes da Federação (arts. 71 a 75 da Constituição Federal), quer exercendo o controle em caráter liminar, pelo Poder Geral de Cautela art. 798, CPC (BRASIL, 1973), pois o direito processual preconiza tutelas preventivas também aplicáveis no âmbito dos Tribunais de Contas, ou no exame de mérito das contas dos administradores públicos, orientando e sancionando o gestor, no intuito de evitar o*

descumprimento do ordenamento jurídico e lesão ao erário"

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que os tribunais de contas têm legitimidade para expedir medidas cautelares, com base no poder geral de cautela, visando prevenir lesão futura ao erário e garantir a efetividade de suas decisões.

No julgamento do MS 24.510/DF, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, entendeu a Suprema Corte que "*se aos indigitados órgãos foi imputada, por força de comando constitucional, a função de determinar a correção de ilegalidade e sustar a execução de ato que não se amolde aos preceitos normativos de regência, com maior força de razão podem eles adotar providências de natureza cautelar, com vistas a revestir suas decisões de eficácia e utilidade, paralisando ou mesmo impedindo situações de lesividade, amiúde irreversíveis. Do contrário, a prevalecer a impossibilidade do pronunciamento cautelar, estar-se-ia cerceando comentados tribunais de assegurar plena efetividade à sua atuação, esvaziando-a*".

A legitimidade dos tribunais de contas para conceder medidas cautelares foi reiterada pelo Supremo Tribunal Federal em diversos casos, como, por exemplo, no MS 26.547/DF, da relatoria do Ministro Celso de Mello.

Constata-se, portanto, que a produção de medidas cautelares é inerente ao exercício das atribuições conferidas aos tribunais de contas pela Constituição Federal, sendo-lhes um instrumento válido, e muitas vezes até mesmo indispensável, para evitar a frustração de sua atuação. Nos dizeres do Ministro Celso de Mello, consignadas em seu voto no julgamento do feito acima referenciado, "*Se os Tribunais de contas podem, verificando uma ilegalidade, assinar prazo para ela ser corrigida, exatamente por esse motivo, podem também prevenir, suspendendo o ato impugnado enquanto se verifica se há ilegalidade ou não, evitando que se torne inútil a decisão futura*".

Assim, com base no seu poder cautelar, podem os tribunais de contas determinar a suspensão de procedimento licitatório, o afastamento temporário de agente público do exercício de suas funções e a indisponibilidade e o arresto de bens, dentre outras providências de caráter assecuratório.

Aduz Bernardo Alves da Silva Júnior (2008), todavia, que o exercício desse poder deve ser realizado em harmonia com o princípio constitucional do devido processo legal, mediante atuação, regra geral, orientada pelo contraditório e ampla defesa. Nada obstante, consigna ser lícita a concessão da providência cautelar **inaudita altera pars**, pelas mesmas razões que a autorizam em sede judicial.

Outrossim, defende que a concessão de tal providência deve-se pautar pela

plausibilidade jurídica da pretensão (**fumus boni juris**) e pelo risco de lesão irreparável ou de difícil reparação (**periculum in mora**). Considera indispensável, ademais, que a decisão cautelar esteja devidamente fundamentada, expondo as razões que lhe servem de suporte.

Assentadas tais premissas, tem-se que, em função do modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária da Administração Pública e considerada, ainda, a doutrina dos poderes implícitos, o poder de cautela mostra-se um instrumento processual necessário e compatível com o sistema de controle externo.

4.3 O poder cautelar do TCU

O poder cautelar também compõe a esfera de atribuições do Tribunal de Contas da União, pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Corte, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República.

O Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU 155/2002, prevê, em seu art. 276, que, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá o Tribunal, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que decida sobre o mérito da questão suscitada, quando, se for o caso, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

A constitucionalidade desse dispositivo foi questionada perante a Corte Suprema nos autos do MS 24.510/DF, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, no qual ficou decidido que, com fundamento nos arts. 4º e 113, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, o Tribunal de Contas da União tem competência para determinar a suspensão cautelar de procedimentos de licitação.

Com base nessa competência, pode o TCU, no bojo de uma prestação de contas ou de auditoria ou de uma denúncia/representação ou, ainda, de outro tipo de processo tipificado pelas normas específicas da instituição, diante da identificação de indícios de irregularidades em procedimento licitatório realizado por entidade submetida à sua fiscalização, determinar, cautelarmente, a suspensão do certame e fixar prazo para que o

gestor apresente defesa. Após regular instrução do processo, o TCU pode vir a rejeitar as razões de defesa apresentadas, confirmar a medida acautelatória, fixar prazo para correção do certame e aplicar multa sancionatória ao gestor público responsabilizado pelas irregularidades apuradas.

A medida cautelar prevista no art. 276 do Regimento Interno do TCU pode ser adotada pelo plenário, relator ou Presidente – nesses dois últimos casos por meio de despacho monocrático – com ou sem a prévia oitiva das partes, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada.

No caso, as medidas cautelares concedidas por meio de despacho devem, após devidamente aprovadas pelo plenário do TCU, serem registradas em formato de acórdão, acompanhado de relatório e voto que o fundamentarem, a fim de agregar mais transparência às deliberações. Cabe, ademais, pedido de reconsideração mediante a oposição de agravos, conforme previsão do art. 289 do Regimento Interno do TCU.

A concessão de medidas cautelares depende da presença dos seguintes pressupostos: (a) fumaça do bom direito (**fumus boni iuris**), isto é, a plausibilidade dos argumentos jurídicos que apontem a existência de indícios de irregularidade; (b) perigo da demora (**periculum in mora**), ou seja, o receio iminente de grave lesão ao erário ou de risco de ineficácia da decisão final de mérito. Outrossim, depende da averiguação da inexistência do perigo da demora reverso, ou seja, quando, em determinada situação, é preferível deixar fluir o procedimento administrativo, sob pena de a suspensão causar um dano superior ao que se buscaria evitar.

Em situações urgentíssimas – e sem que isso signifique afronta ao devido processo legal – a medida cautelar pode ser concedida sem a oitiva preliminar dos possíveis responsáveis ou interessados (cautelar **inaudita altera pars**). É adotada quando a oitiva da parte puder tornar sem eficácia a medida antecipatória, ou nos casos de urgência em que não seja possível esperar a oitiva e a correspondente resposta.

Em face do eminente caráter de provisoriedade que lhe é inerente, é possível a revogação ou modificação da medida cautelar sempre que se ficar constatado o desaparecimento da situação fática de urgência, podendo o Tribunal, de ofício ou provocado, sobrestar os efeitos substanciais produzidos pela cautelar, mediante revogação ou alteração da medida que viabilizara a sua concessão.

As medidas cautelares podem ser requeridas pelas equipes de fiscalização, pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, pelas empresas participantes

dos certames licitatórios ou, nos termos do disposto do art. 74 da Constituição Federal, por qualquer cidadão, associação, sindicato ou partido político.

Situações comuns que demandam a concessão de medidas cautelares dizem respeito a irregularidades em procedimentos licitatórios (cláusulas restritivas da competitividade, critérios de julgamentos subjetivos, insubsistência dos projetos básicos, erros e distorções nas planilhas de custos etc) e em concursos públicos (exigências ilegais, restrições à competitividade, falta de publicidade etc).

Outras atribuições cautelares do TCU, que incluem providências suscetíveis de serem adotadas pelo Tribunal em casos extremos, na forma prevista nos arts. 44 a 61 da Lei 8.443/1992 e nos arts. 209, 224 e 225 do seu Regimento Interno, são:

- determinação do afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento;

- decretação, por prazo não superior a um ano, da indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração;

- determinação à Advocacia-Geral da União, ou ao dirigente de entidade jurisdicionada, de adoção de providências para arresto de bens do responsável julgado em débito.

4.4 A legitimidade do poder cautelar do TCU

No julgamento do MS 24.510/DF, o Supremo Tribunal Federal afirmou que, em respeito à Teoria dos Poderes Implícitos, o TCU tem amplo poder de cautela. Ocorre que, em decisões monocráticas, ministros do STF têm barrado medidas cautelares de diversos tipos adotadas pelo TCU.

Como exemplo, no âmbito dos MS 34.357/DF, MS 34.392/DF, MS 34.410/DF e MS 34.421/DF, todos da relatoria do ministro Marco Aurélio, entendeu-se que o TCU, como órgão administrativo auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública, não poderia impor a particulares medidas cautelares constritivas de direito, dotadas de autoexecutoriedade, tais como a decretação da indisponibilidade patrimonial dos responsáveis em procedimento de apuração de superfaturamento de obras, de competência do poder judiciário.

Tem-se, também, a decisão proferida no âmbito do MS 35.192/DF, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, no qual se entendeu que, ao determinar cautelarmente a suspensão de negociações envolvendo a União e determinada concessionária pública, o TCU teria condicionado a realização dessas tratativas, e do acordo subsequente, à sua manifestação prévia quanto à viabilidade do ajuste, extrapolando suas competências constitucionais, por proceder a uma substituição da esfera de atuação administrativa e política da União e, de outro lado, por interferir na discricionariedade das partes judiciais quanto ao interesse em conciliar e mesmo quanto aos termos em que eventualmente pretendam fazer o ajuste.

Já ao apreciar o MS 36.705/PI, o ministro Gilmar Mendes suspendeu, em sede de liminar, os efeitos de decisão do Tribunal de Contas da União (Acórdão 2.251/2019-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti) que impedia o Estado do Piauí de adotar qualquer medida administrativa voltada à contratação de instituição financeira para celebrar contrato de antecipação de crédito decorrente de precatório do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef.

Em análise preliminar do caso, o relator entendeu que não estaria entre as atribuições da Corte de Contas o controle prévio de atos ou contratos a serem realizados pelo Poder Público. Entendeu, ainda, que seria vedado ao TCU realizar o controle prévio sobre contratos administrativos e sobre os procedimentos administrativos tendentes à sua celebração e que "*falece legitimidade constitucional ao Tribunal de Contas para imiscuir-se em procedimentos preparatórios à celebração de contratos administrativos, sendo-lhe constitucionalmente defeso substituir-se ao administrador em sua função típica de gestão*". Salientou, também, que o TCU não deteria poder geral de cautela, "*não se estendendo aos seus dignos integrantes a capacidade de proferir decisões cautelares além dos limites rigorosamente pautados pelo modelo constitucional em vigor*".

No **writ**, o impetrante informou que, em razão da lei estadual, teria convocado audiência pública para tratar do assunto e que, antes de iniciar formalmente o procedimento licitatório, teria sido surpreendido pela decisão cautelar do TCU. No seu entendimento, o ato questionado seria arbitrário e configuraria excesso de poder, na medida em que retiraria do Executivo o direito à gestão administrativa e à aplicação de recursos públicos.

Ao se manifestar nos autos, o TCU defendeu que os recursos decorrentes da complementação da União ao Fundef, ainda que decorrentes de sentença em ação civil

pública, deveriam ser fiscalizados e aplicados exclusivamente na manutenção e no desenvolvimento da educação básica, e que não haveria uma clara definição nesse sentido na lei estadual. Além disso, as operações de crédito acarretariam o pagamento de valores a título de deságio, que, no caso, poderia chegar a R$ 320 milhões.

Em seu pronunciamento sobre o **writ**, o ministro Gilmar Mendes destacou que não haveria dúvidas acerca da competência do TCU para fiscalizar a aplicação do dinheiro público e a quantificação de eventual dano ocasionado ao erário, buscando sua efetiva reparação. Todavia, aduziu que não seria possível extrair do rol de atribuições constitucionalmente conferidas ao TCU o controle prévio dos atos ou contratos a serem realizados pelo Poder Público e que, no caso, ainda não teria ocorrido qualquer operação com a utilização de dinheiro público, inexistindo, portanto, objeto a ser fiscalizado pelo Tribunal de Contas da União.

Em que pese todos os questionamentos acima quanto à atuação preventiva do TCU, não restou afirmada a ausência de legitimidade do seu poder geral de cautela, e, sim, que essa atribuição possui limites, haja vista que parametrizada por constatações ou apontamentos de ilegalidades e pela preservação das competências, atribuições e responsabilidades constitucionais e legais, tanto no aspecto administrativo como no político, dos gestores públicos, órgãos de representação do respectivo ente político e poder judiciário.

Para José de Ribamar Caldas Furtado (2007), a interpretação da Suprema Corte no MS 24.510/DF, ao apreciar a possibilidade de os tribunais de contas adotarem medidas cautelares, não ficou arraigada à literalidade das normas, tendo decorrido de argumento lógico-sistemático e teleológico, uma exegese proativa do Texto Constitucional, que faz dos tribunais de contas um instrumento hábil e eficaz de defesa do interesse público.

4.5 Os resultados do poder cautelar do TCU

O poder de cautela do TCU é fundamental para o exercício do controle externo e imprescindível para a garantia do exercício constitucional do seu dever de fiscalização, pois, buscando a defesa do patrimônio público, tem o intuito de evitar a concretização de danos ao erário.

Segundo o Relatório anual de atividades do TCU no exercício de 2018, os benefícios financeiros derivados das ações de controle realizadas pelo Tribunal de Contas da União totalizaram mais de R$ 25,104 bilhões, valor 5,63 vezes superior ao custo do

seu funcionamento no período. E sua atuação cautelar, materializada por meio da adoção de medidas cautelares, foi igualmente relevante. Foram 113 medidas cautelares referentes à aplicação de recursos superiores a R$ 66,076 bilhões.

Por ilustrativo, registram-se os seguintes dados sobre a concessão de medidas cautelares pelo Tribunal entre 2014 e 2018:

Medidas cautelares concedidas no período de 2014 a 2018

(Quantitativo e valores envolvidos)

Tipo de medida	2014	2015	2016	2017	2018
Suspensão de contratos	18	19	10	16	14
Suspensão de licitação	48	49	43	56	58
Suspensão de repasse/pagamentos	10	8	15	10	10
Outras	4	4	12	3	11
Total de cautelares no ano	80	80	80	85	113
Valor (R$ bilhões)	19,303	6,991	47,119	20,947	66,076

Em 2019, a atuação em caráter preventivo também foi relevante. Foram 25 medidas cautelares referentes à aplicação de recursos superiores a R$ 56,366 bilhões. Já o benefício financeiro das ações de controle foi da ordem de R$ 25,099 bilhões. A cada 1 real investido para seu funcionamento, o TCU retornou 24,23 reais para a sociedade em 2019. Foram 10.449 acórdãos proferidos, 165 fiscalizações realizadas, 1.301 responsáveis condenados em débito/multa, 121 responsáveis inabilitados, 37 empresas declaradas inidôneas, 74 arrestos de bens solicitados e 7 indisponibilidades de bens decretadas.

Esses são apenas parte dos resultados decorrentes da ação de controle exercida pelo TCU, que demonstram o alinhamento de sua atuação ao exercício da missão institucional de "aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo".

5. Considerações finais

Os sistemas de controle sobre a Administração Pública objetivam assegurar que os recursos auferidos da sociedade sejam aplicados de forma eficaz, efetiva e econômica no atendimento das demandas socioeconômicas.

Após anos de atuação sob o atual modelo constitucional de controle externo e

buscando garantir maior resultado às suas deliberações, o Tribunal de Contas da União passou a atuar mais preventivamente, valendo-se, com orientação na teoria dos poderes implícitos, quando da existência de fundado receio de lesão grave e de difícil reparação, da adoção de medidas cautelares antes da apreciação final da matéria em exame.

Essa atuação preventiva, a qual não se confunde com o controle prévio dos atos da Administração Pública, permite evitar prejuízo ao erário e ofensa à ordem legal, bem assim possibilitar ao gestor público a realização das correções devidas, a partir dos questionamentos formulados pelos tribunais de contas.

Nesse sentido, o poder de cautela do TCU tem sido fundamental para a garantia do exercício constitucional do controle externo dos atos da Administração Pública Federal, pois proporciona a maximização dos efeitos preventivos e prospectivos da sua atuação.

As inovações da sociedade e a complexidade das relações jurídicas estabelecidas têm exigido ao Tribunal de Contas da União, e demais tribunais de contas, é garantir o efetivo exercício do dever constitucional de fiscalização, com máxima eficiência, eficácia e economicidade.

Referências

_____. Lei 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

_____. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.510/DF, de 19 de novembro de 2003. Plenário. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS.SCLA.+E+24510.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Mandado de Segurança 26.547/DF, de 23 de maio de 2007. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000198203&base=baseMonocraticas>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Mandado de Segurança 34.357/DF, de 31 de agosto de 2016. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310219026&ext=.pdf>. Acesso

em 5 de maio de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Mandado de Segurança 34.392/DF, de 6 de setembro de 2016. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310267782&ext=.pdf >. Acesso em 5 de maio de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Mandado de Segurança 34.410/DF, de 14 de setembro de 2016. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310338428&ext=.pdf >. Acesso em 5 de maio de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Mandado de Segurança 34.421/DF, de 23 de setembro de 2016. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310392601&ext=.pdf >. Acesso em 5 de maio de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Mandado de Segurança 35.192/DF, de 20 de setembro de 2017. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312788915&ext=.pdf >. Acesso em 5 de maio de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 36.705/PI, de 18 de outubro de 2019. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000419417&base=baseMonocraticas>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.251/2019-Plenário, de 18 de setembro de 2019. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 5 de maio de 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU 71, de 28 de novembro de 2012. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/ato-normativo>. Acesso em 5 de maio de 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. Regimento interno do TCU: aprovado pela Resolução TCU 155, de 4 de dezembro de 2002. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentos-internos/>. Acesso em 4 de outubro de 2019.

BELO, Alcindo Antônio Amorim Batista. Fiscalizar é preciso. Revista do TCU 115, publicada em 1º de maio de 2009. Disponível em <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/313>. Acesso em 4 de outubro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório anual de atividades do TCU: 2018. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Conhecendo o Tribunal / Tribunal de Contas da União. 6ª edição. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2016.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. Controle de legalidade e medidas cautelares dos tribunais de contas. Revista do TCU 110, de 1º de setembro de 2007. Disponível em <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/419>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

JÚNIOR, Bernardo Alves da Silva. O exercício do poder cautelar pelos tribunais de contas. Revista do TCU 113, publicada em 1º de setembro de 2008. Disponível em <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/363>. Acesso em 3 de outubro de 2019.

LIMA, Luiz Henrique, SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo. Processos de controle externo: estudos de ministros e conselheiros substitutos dos Tribunais de Contas. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil, volume 3: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

PASCOAL, Valdecir. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. Revista do TCU 115, publicada em 1º de maio de 2009. Disponível em <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/320>. Acesso em 16 de outubro de 2019.

SAAD, Amauri Feres. Do controle da administração pública. 1ª edição. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2017.