

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS



VII
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

VIVIANNE RIGOLDI

DANIEL MARQUES DE CAMARGO

ELIDIA APARECIDA DE ANDRADE CORRÊA

©2017 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Vivianne Rigoldi, Daniel Marques de Camargo & Elidia Aparecida de Andrade Corrêa
(Orgs.)

Edinilson Donisete Machado
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do VII SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)

Prof. Dr. Flavio Luiz de Oliveira (ITE/Bauru-SP)

Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia - Espanha)

Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (Toledo Prudente Centro Universitário e ITE/Bauru-SP)

Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)

Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema Constitucional de Garantia de Direitos / Vivianne Rigoldi, Daniel Marques de Camargo & Elidia Aparecida de Andrade Corrêa, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2017. (Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-56-2

1. Sistema Constitucional de Garantia de Direitos / Vivianne Rigoldi, Daniel Marques de Camargo & Elidia Aparecida de Andrade Corrêa.

CDU-342

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Direito Constitucional.
342

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE TRANSGÊNEROS: O DIREITO AO NOME ENQUANTO MANIFESTAÇÃO DA DIGNIDADE 5
Elisângela PADILHA
Geanna Moraes da SILVA

A CRISE JURISDICIONAL E APLICAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: O ADVOGADO PERANTE A SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS 23
Amanda De Paula NOGUEIRA
Vinícius José Corrêa GONÇALVES

A DIMENSÃO SUBSTANCIAL DO CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO À DECISÃO-SURPRESA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 46
Natália Felipini FERREIRA
Gilberto Notário LIGERO

ADPF 347: VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFICAZES 58
Beatriz Casagrande FORTUNATO

A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 81
Isabele Zamai GALDEANO

A GARANTIA DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR ÀS CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA: FORTALECIMENTO DA FAMÍLIA NATURAL E ADOÇÃO ESPECIAL 97
Laísa Fernanda CAMPIDELLI

A GUARDA COMPARTILHADA SOB A ÓTICA DA IMPOSITIVIDADE DA MEDIDA COMO PRERROGATIVA DO JULGADOR CONFORME A INOVAÇÃO DA LEI 13.058/2014 114
Mathias Carvalhos dos SANTOS
Yasmim Zanuto LEOPOLDINO

ANTECIPAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL: DISCORDÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AUMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA COMO CONSEQUÊNCIA DA DECISÃO DO HABEAS CORPUS 126.292 DO STF 134
Giowana Parra Gimenes da CUNHA

A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E O DIREITO DAS MINORIAS NA SOCIEDADE	155
Gisella POSSAMAI Luiz Rodolpho Santana ARAUJO	
A ORIGEM DOS DIREITOS: PRIMEIRAS IMPRESSÕES	170
João Vitor Conti PARRON	
A POSSIBILIDADE DE ESCOLHA DO PERFIL DO ADOTANDO COMO ÓBICE AO INSTITUTO DA ADOÇÃO	183
Carla BERTONCINI Fabiani Daniel BERTIN	
DAS DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS COMO FATOR DE MANUTENÇÃO DO REGIME DEMOCRÁTICO	207
Mariana Cereza ZAGO Gisele Carversan Beltrami MARCATO	
AS DEFICIÊNCIAS NA FORMAÇÃO INTEGRAL DO JOVEM COMO ALIMENTO DA EXCLUSÃO E DA AUTOEXCLUSÃO DA SOCIAL	227
Fabiana Aparecida Menegazzo CORDEIRO Heloisa CREMONEZI	
AS FACES DA VIOLÊNCIA: UM ESTUDO SOBRE AS MANIFESTAÇÕES DE 2013 NA CIDADE DE SÃO PAULO	241
Gisele Augusta ANDRÉ Mariana Vargas FOGAÇA	
ATIVIDADE INTERPRETATIVA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	259
Jefferson Fernandes NEGRI Natacha Ferreira Nagão PIRES	
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM MEIO À CULTURA DO ENCARCERAMENTO: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS AOS PRESOS	273
Roberto da Freiria ESTEVÃO Thainan Carlos de OLIVEIRA	

A ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE TRANSGÊNEROS: O DIREITO AO NOME ENQUANTO MANIFESTAÇÃO DA DIGNIDADE

Elisângela PADILHA¹
Geanna Moraes da SILVA²

RESUMO

A presente pesquisa objetiva a compreensão dos aspectos físicos, psicológicos e jurídicos das pessoas transexuais e travestis na interação com a sociedade, problematizando a ausência de legislação específica que regulamente a diversidade de gênero, bem como enfatizando o papel de Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais destas pessoas, em reconhecimento do princípio da dignidade humana, ante atuação denominada ativismo judicial. A jurisprudência evoluiu e a demanda chegou aos Tribunais Superiores, onde, já se manifestou positivamente o STJ e, em breve, se manifestará o STF, em caráter de repercussão geral. A metodologia de pesquisa utilizada foi qualitativa, dedutiva e teórica.

PALAVRAS-CHAVES: Dignidade. Gênero. Judiciário. Proteção. Transgênero.

ABSTRACT

The present research aims to comprehension about the physical, psychological and legal aspects of transsexual and transvestite people in the interaction with society, problematizing the absence of specific legislation that regulates the gender diversity, as well as emphasizing the role of the Judicial Branch in the realization of fund rights of these people, in recognition of the principle of the dignity of the human person, before the action called judicial activism. Thus, it has evolved to the point of reaching the Superior Courts, where a decision will be issued with a general repercussion on the subject. The research methodology used was qualitative, deductive and theoretical.

KEY-WORDS: Dignity. Gender. Judiciary. Protection. Transgender.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a análise sobre a situação jurídico-social das pessoas denominadas transgêneros no Brasil.

Apesar dos esforços empregados por estudiosos e defensores da comunidade, a realidade é que a maioria da população sequer conhece o assunto e, por isso, não dispõe de

1 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO/PROJURIS. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO. Graduada em Comunicação Social: Publicidade e Propaganda pela UNIMAR - Universidade de Marília. Atualmente é advogada. Também é professora nas disciplinas de Direito Civil, Direito Empresarial e Direitos Humanos e Fundamentais no curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO. Autora das obras "A eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais entre particulares" e "Novas estruturas familiares: por uma intervenção mínima do Estado".

2 Advogada e conciliadora no Tribunal de Justiça de Estado do Paraná. Pós graduanda em Direito do Estado pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO - e Projuris Estudos Jurídicos. Pós graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

elementos a respaldarem a compreensão e o, conseqüente, respeito à realidade vivenciada pelos transexuais e travestis.

Como corolário, estes cidadãos têm por tolidos seus direitos humanos básicos, vivenciando uma situação de completa vulnerabilidade a todo tipo de violência física, psicológica e jurídica.

Enquanto no plano internacional, os direitos voltados à população LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais) evoluem rapidamente, no Brasil caminham a passos lentos, enfrentando densa resistência na política conservadora.

Ante a omissão legislativa, o Poder Judiciário tem sido responsável, mormente por meio de seus Tribunais Superiores, pela garantia dos direitos constitucionalmente previstos, proporcionando grandes conquistas à essa parcela populacional.

Entre os direitos alcançados estão a cirurgia de redesignação sexual e o uso do nome social, os quais atualmente são reconhecidos pelas Instituições brasileiras, sendo necessária a utilização de procedimento judicial para o reconhecimento, bem como dependendo do entendimento dos julgadores, por não haver regulamentação ou decisão com repercussão geral.

Por óbvio, a garantia de direitos transgêneros no Brasil tem longo trajeto a transcorrer, destarte a importância de ampliar e discutir o tema, principalmente com a comunidade jurídica, imprescindível à efetivação da justiça, visando uma maior compreensão e luta para que mais direitos sejam efetivados.

2 SEXO, GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL

Para ambientar a comunidade jurídico-acadêmica à temática, bem como dar condições à compreensão dos reflexos jurídicos-sociais, necessário o emprego de conceitos básicos e avançados a respeito da sexualidade, orientação sexual e gênero.

Iniciando pela definição de sexo, esta, em geral, parte do pressuposto de ser algo definido pela natureza, fundamentado no corpo orgânico, biológico e genético, referindo-se à anatomia do órgão sexual e não se relacionando à orientação sexual ou identidade de gênero.

Entre os tipos de sexo é possível determinar o macho, em meio aos indivíduos nascidos com pênis; a fêmea, dentre os que nascem com vagina, o intersexuado, conhecido como hermafrodita ou andrógeno, entre as pessoas que possuem genitais ambíguos, com características femininas e masculinas; e nulo, os que nascem sem traço genital preciso.

O gênero é uma construção social tendente a diferenciar homens e mulheres em consonância com o seu sexo biológico. Há machos e fêmeas na espécie humana, mas a

condição de ser homem ou mulher se realiza por meio das convenções sociais.

A cultura ocidental toma como base as diferenças anatômicas entre os sexos para dividir quem deve se sentir masculino ou feminina, conforme os atributos, comportamentos e papéis convencionalmente estabelecidos.

Espera-se, por exemplo, que meninos gostem de azul e brinquem com carrinhos, enquanto meninas gostem de rosa e brinquem com bonecas. Espera-se que mulheres sejam sensíveis e usem cabelos compridos, enquanto os homens sejam fortes e não chorem. Estes comportamentos são construídos culturalmente, variam de acordo com a sociedade e não nascem com a pessoa (SÃO PAULO, 2014, p. 12).

A despeito de inúmeras pesquisas na área da biologia, que já provaram o contrário, a cultura ocidental, por exemplo, continua acreditando que a agressividade masculina deriva diretamente da genética do macho, sendo que, na verdade, o que faz é incentivar os homens a ser mais agressivos do que as mulheres desde a mais tenra infância (LANZ, 2014, p. 40).

Nesse diapasão, a identidade de gênero está associada ao reconhecimento pessoal entre os papéis normatizados socialmente para cada gênero, independentemente de seu sexo ou orientação sexual, podendo assumir as formas masculina, feminina, ambas ou nenhuma.

A fim de exemplificar, cita-se a pessoa de sexo masculino que se sente como mulher em sua essência e deseja assumir o papel normatizado feminino na sociedade.

A orientação sexual se coaduna com o impulso sexual de cada indivíduo, tendo como referência o gênero pelo qual a pessoa se sente atraída. Assim, se por pessoa de identidade de gênero diverso do seu, o caso será de heterossexualidade; se, todavia, atrair-se por alguém do mesmo gênero, tratar-se-á de homossexualidade; ou, ainda, se a atração for por pessoas de ambos os gêneros, a situação será de bissexualidade (DIAS, 2014, p. 42).

Aliás, é importante que não se pense que a orientação sexual resulte de escolhas racionais dos sujeitos, posta a condição do caráter do desejo e o fato de que sua experiência social é envolta de uma grande complexidade. Não se trata de opção pois o indivíduo não possui controle, mas segue o instinto sexual, algo que lhe é inerente.

Analisados os conceitos inerentes à compreensão da sexualidade e do gênero é necessário avançar quanto à perspectiva do gênero.

2.1 Dicotomia cisgênero e transgênero

Imprescindível o conhecimento a respeito da bipartição entre cisgêneros e transgêneros, no que tange à identidade humana e aos anseios relacionados ao próprio corpo.

São chamados cisgêneros aqueles que possuem identidade de gênero condizente com

a recebida no sexo de nascimento, em conformidade com os seus órgãos genitais.

Assim, se nasceu com um pênis, foi designado como homem e se reconheceu/apropriou da personalidade masculina durante a vida ou se nasceu com vagina, foi designada como mulher, se reconhecendo e apropriando desta identificação, estar-se-á diante de pessoas cisgêneros.

O termo transgênero carrega maior complexidade. Sob análise superficial, a característica genuinamente comum a todas as pessoas *trans* é o desvio das normas do binário de gêneros masculino e feminino em vigor na sociedade.

O binário se refere às normas baseadas em estereótipos e expectativas sociais relacionadas a cada identidade. É o que a coletividade espera do comportamento do homem ou mulher, conforme os padrões impostos pelos gêneros masculino ou feminino, diretamente relacionados ao sexo do nascimento.

Entretanto, muitas pessoas não conseguem se adaptar às normas de conduta consideradas padrões, subvertendo a ordem social e ameaçando à conduta de gênero preestabelecida, tornando-se gênero-divergentes. Logo, por mais que apresentem atestados de sanidade mental, inteligência e lucidez, serão consideradas anormais por não atenderem os requisitos ditados pela ordem instituída (LANZ, 2014, p. 68).

Conta-se que a palavra *trans* possui origem no latim e significa *além de, para além de, em troca de*, podendo indicar a mudança de uma condição para outra. Ou seja, os transgêneros não se sentem ajustados à categoria genérica recebida ao nascer e, por isso, transgridem as normas de gênero originárias para se expressarem por meio da identidade com a qual se reconhecem/identificam.

O termo é amplo e comporta tanto a dicotomia de espécies entre travestis e transexuais, ora estudadas, como quaisquer outras incoerências de identidade com o sexo genital, podendo se efetivar desde a curiosidade sobre a utilização de adereços próprios do outro gênero até a realização de mudanças físicas, por meio de hormônios ou cirurgias, chegando à conversão da genitália para a do sexo oposto.

Como exemplo da diversidade de condutas abarcadas pela palavra *transgênero*, podemos citar, o homem *crossdresser*, que se satisfaz ao usar roupas femininas, mas se identifica como homem e tem vivência heterossexual ou a *drag queen*, transformista caricata, que mesmo se vestindo como alguém de gênero diferente do seu, não necessariamente é homossexual, normalmente o fazendo profissionalmente.

No Brasil, ainda não há consenso sobre o termo. Há quem se considere transgênero, referindo-se a uma categoria à parte das travestis e transexuais, ou, ainda, as pessoas que não

se identificam com qualquer gênero (JESUS, 2012, p.10).

2.2 Transexualidade e travestilidade

Entre os representantes mais conhecidos e atingidos por violências estão os transexuais e travestis, justamente por adotarem conduta incoerente à imposta pela sociedade, tornando-se essenciais na discussão relacionada aos direitos e interesses relacionados à população *trans*.

A pessoa transexual possui identidade de gênero diferente do sexo biológico e pode sentir a necessidade de realizar modificações corporais, visando adequar os atributos físicos ao psicológico. Apresenta, na maioria dos casos, desconforto em relação à genitália.

É uma questão de reconhecimento, podendo ser descoberta até mesmo durante a infância, e sempre existiu. A inovação está nos avanços da medicina, que possibilitam o atingimento de fisiologia muito próxima ao gênero da personalidade por meio de medicamentos e procedimentos cirúrgicos.

As transformações ocorrem porque constata seu corpo inadequado à sua mente, sentindo a necessidade de se apresentar e expressar da maneira como percebe o seu íntimo, principalmente objetivando a aceitação social e a consolidação de sua personalidade.

Importante, ainda, notar que nem toda pessoa transexual deseja realizar a cirurgia de redesignação sexual. Isso porque a determinação da identidade de gênero se perfaz muito mais pela forma como se identifica do que pela intervenção cirúrgica.

Por sua vez, a travesti nasce com sexo masculino, identidade feminina, também modifica o corpo por meio de hormônios e plásticas, mas não deseja realizar cirurgia de modificação da genitália, pois não sente desconforto com o seu sexo de nascença.

Em regra, adere gênero feminino, mas pode ter identidade sexual masculina e feminina interligadas. Algumas não se consideram nem homem nem mulher e reivindicam o papel do terceiro gênero ou a inexistência de gênero.

Para a maioria das travestis, a genitália do sexo biológico as tornam diferentes, fazendo parte do fetiche social e sexual. Não se sentem constrangidas, mas a utilizam para obter gratificação sexual.

Assim, apesar das espécies serem semelhantes entre si, a principal diferença está no desconforto com a genitália sentida pela transexual que não é compartilhado pela travesti. O que não significa a necessidade de transmutar de sexo pela primeira espécie, que pode simplesmente se sentir desconfortável e inutilizar o membro sexual, sem, contudo, sentir vontade de realizar a cirurgia, mormente pelos riscos e possibilidade de insucesso.

Trespasada a análise mormente conceitual da pesquisa, passa-se então a explorar a perspectiva social-legislativa dos estudos transgêneros.

3 PROTEÇÃO JURÍDICA DA POPULAÇÃO LGBTI

No que diz respeito à proteção jurídica do grupo LGBTI, constata-se, a princípio, a escassez de parâmetros para comparação, uma vez que a proteção efetiva é uma atividade relativamente atual na maior parte dos países.

A homossexualidade somente foi retirada do rol de doenças mentais da Classificação Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial da Saúde (OMS) no ano de 1990, sendo as personalidades *trans* patologizadas até os dias atuais, situação que contribui para a incompreensão e segregação do grupo.

Em alguns países, o relacionamento homoafetivo é criminalizado e, em outros, embora não o seja, os envolvidos sofrem intensa perseguição, preconceito e abandono social, familiar e estatal. No que tange à comunidade *trans*, estes sofrem marginalização mais intensa que qualquer outra minoria, são seres ignorados pela maior parte das pessoas e não encontram respaldo legal para que possam viver dignamente.

A gravidade é tamanha que as entidades mundiais de proteção aos direitos humanos têm se empenhado em fortalecer a cidadania, promover os direitos e a inclusão da população LGBTI nos Países.

3.1 Proteção no direito internacional

Em que pese o avolumamento das iniciativas de defesa dos direitos LGBTI sejam recentes, já eram previstos, ainda que timidamente, em diversos Pactos Internacionais e, desde então, vêm criando normas de observância internacional para os Países signatários.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Econômicos, Sociais e Culturais (1966) já responsabilizavam os Estados por suas aplicações em consonância com os princípios da não discriminação em razão de *sexo* ou *outra condição*, atingindo, por meio de interpretação, a parcela social identificada como LGBTI (JUBILUT, 2014, p. 888).

Em 2006 foram criados os Princípios de Yogyakarta pela Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, os quais estabeleceram diretrizes universais de aplicação de tais direitos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Os princípios reinterpretaram as normas internacionais já existentes e, embora não

formem um Tratado, servem na elaboração de instrumentos internacionais voltados aos interesses das minorias LGBTI, fazendo-se acompanhar de recomendações vinculantes aos Estados membros.

No ano de 2011, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), por meio de resolução considerada histórica, declarou que os direitos LGBTI são, efetivamente, direitos humanos, asseverando que todos os seres humanos nascem livres e iguais no que diz respeito à sua dignidade e aos seus direitos, e que cada um pode se beneficiar do conjunto de liberdades sem nenhuma distinção.

Em 2012, a Assembleia Geral, em resolução sobre as execuções extrajudiciais, sumárias e arbitrárias, estimulou os Estados a tomarem medidas eficazes para proteção da vida das pessoas sob sua jurisdição, explicitando a inclusão à proteção das minorias sexuais.

Em 2013, em sua primeira campanha educativa relacionada à temática LGBTI, elaborou uma cartilha sobre orientação sexual e identidade de gênero no direito internacional dos direitos humanos, sob o título *Nascidos Livres e Iguais*.

Na ocasião, Navi Pillay (2013, p. 07), Alta Comissária da Nações Unidas para os Direitos Humanos, expôs a necessidade de estender os mesmos direitos usufruídos por todos às pessoas LGBTI, apoiando-se nos princípios da igualdade e não discriminação. Defendeu, ainda, que as atitudes homofóbicas, muitas vezes combinadas com uma falta de proteção jurídica adequada contra a discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero, expõem muitas pessoas LGBTI, de todas as idades e em todas as regiões do mundo, a violações evidentes de seus direitos humanos. Finalizou com a constatação de que acabar com a violência e a discriminação é um grande desafio dos direitos humanos.

A cartilha lista cinco (05) obrigações básicas de ações governamentais, quais sejam: a proteção de pessoas contra violência homofóbica e transfóbica, por meio de leis criminais contra o ódio; a prevenção da tortura e tratamento cruel, desumano e degradante às pessoas LGBTI em detenção; a descriminalização da homossexualidade; a proibição da discriminação, por meio de leis específicas, bem como pelo acesso não discriminatório a serviços básicos, como emprego e saúde e a defesa das liberdades de associação, expressão e reunião pacífica para todas as pessoas LGBTI.

O documento também inclui medidas para o desenvolvimento de leis, políticas e práticas de acordo com as normas internacionais de direitos humanos, concluindo que os Estados têm a obrigação de proteger essas pessoas das violações aos seus direitos, os quais estão estabelecidos e são obrigatórios para todos os Estados Membros das Nações Unidas.

No ano de 2014, nova resolução foi aprovada, desta vez com a finalidade de

combater a violência e a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero em todas as regiões do mundo.

Por fim, no ano de 2015, em face das violações de direitos humanos nas localidades em conflito com o grupo terrorista denominado Estado Islâmico (EI), o Chile e os Estados Unidos da América sediaram discussão sobre os ataques do grupo terrorista direcionados às minorias sexuais.

Assim, há que se notar a crescente preocupação internacional com os direitos da população *trans*, com destaque para a atuação da ONU no aspecto de conscientizar os líderes políticos dos Estados e cobrar a efetivação dos direitos por meio de condutas positivas.

3.2 Proteção no ordenamento jurídico interno

Em contraste ao que estabelece o direito internacional, o Brasil mantém conduta bastante omissa em relação à causa LGBTI, o que se constata pela ausência de legislação específica visando a garantia de direitos e proteção contra atos homo e transfóbicos.

A Constituição Federal identifica como objetivo principal da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceito de sexo. Também proíbe qualquer discriminação no tocante à salário, exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo. No entanto, não faz referência quanto à discriminação por orientação sexual (DIAS, 2014, p. 85). Do mesmo modo, ao proteger a família, silencia sobre as uniões homoafetivas.

A legislação infraconstitucional também não menciona ou protege qualquer direito de gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros e intersexuais. Isso porque, apesar de inúmeros Projetos de Lei sobre o tema, há enorme resistência do Poder Legislativo em aprová-los³.

A homofobia, termo utilizado para nominar o conjunto de atitudes negativas em relação à população LGBTI, envolvendo preconceito, discriminação e atos atentatórios contra vida, integridade física, saúde, honra e dignidade, depende de previsão legal que a criminalize, estando incluída no projeto de lei de iniciativa popular denominado Estatuto da Diversidade Sexual, o qual permanece colhendo assinaturas para a proposição.

O projeto foi elaborado pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por meio de ampla participação popular, e seu texto consagra princípios e normas de aplicação nas áreas de direito de família, sucessório, previdenciário e criminal. Propõe, ainda, a implementação de políticas públicas nas esferas do Poder Executivo, bem como a adequação das legislações

3 Dentre os principais projetos estão o PL 5002/2013, de autoria do Deputado Federal Jean Wyllys e Erika Kokay, dispondo sobre o direito à identidade de gênero e alteração do art. 58 da Lei dos Registros Públicos, e o Estatuto da Diversidade Sexual elaborado pela Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

infraconstitucionais ao seu objetivo.

Neste contexto, em face da omissão legislativa, as administrações públicas da União, Estados e Municípios atuam dentro de suas áreas de atribuição e aprovam legislações que asseguram direitos à população transgênera, principal atingida pela exclusão social, punindo práticas discriminatórias.

Como exemplo, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com vistas a implementar a política de promoção e defesa dos direitos humanos, assegurou, através da Portaria 233 de 2010, aos servidores públicos, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, o uso do nome social adotado por travestis e transexuais.

Em 2014, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e o Conselho Nacional de Combate à Discriminação estabeleceram parâmetros de acolhimento da população LGBTI em estabelecimentos prisionais.

Em 2015 as resoluções 11 e 12 de Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais garantiram direitos à população LGBTI nas Instituições de Ensino e estabelecem o uso do nome social em boletins de ocorrência registrados por autoridades policiais.

A Resolução nº 11 estabelece os parâmetros para a inclusão dos itens *orientação sexual, identidade de gênero e nome social* nos boletins de ocorrência emitidos pelas autoridades policiais (BRASIL, 2015, p. 02).

A Resolução nº 12 garante aos alunos de instituições e redes de ensino, em todos os níveis e modalidades, o reconhecimento e adoção do nome social no tratamento oral, sendo o nome civil utilizado na emissão de documentos oficiais (com referência ao nome social); o reconhecimento da identidade de gênero a estudantes adolescentes sem a necessidade de autorização do responsável; o uso de banheiros, vestiários e demais espaços segregados por gênero de acordo com a identidade de cada um; e, por fim, o uso de uniformes conforme a identidade de gênero (BRASIL, 2015, p. 03).

Em 2016, a Presidência da República editou decreto que permite aos transexuais e travestis usarem seu nome social em todos os órgãos públicos, autarquias e empresas estatais federais. A medida vale para os servidores e usuários dos serviços públicos federais.

Além disso, para assegurar garantias consagradas na Constituição Federal, a população LGBTI necessitou buscar auxílio do Poder Judiciário, porquanto a inexistência de lei não signifique a ausência de direitos, resultando em criação jurisprudencial de extrema relevância.

3.2.1 O poder judiciário como fonte de direitos

Em face do acovardamento legislativo, o Poder Judiciário tem atuado de maneira significativa na garantia do cumprimento dos direitos humanos em relação à população LGBTI, com destaque para decisões paradigmáticas proferidas pelos Tribunais Superiores, no sentido de criar precedentes jurisprudenciais e auxiliar na resolução de situações semelhantes.

Isso porque, apesar da omissão legal, não se isenta de realizar a justiça, nem permite a submissão da sociedade à tirania do legislador, que utiliza de seu mandato para impor ideologias e negar cumprimento ao dever de garantir a inclusão de todas as pessoas no panorama jurídico por meio de posturas homofóbicas e discriminatórias (DIAS, 2014, p. 318).

As condutas têm sido denominadas de ativismo judicial, pois regulamentam temas não discutidos pelo Congresso Nacional, decidindo conforme a singularidade do caso concreto. Contudo, apenas pretendem, por meio da hermenêutica jurídica expansiva, efetivar o valor normativo constitucional e garantir o interesse da parte, driblando a lentidão legislativa.

Sofrem inúmeras críticas por estar, supostamente, extrapolando as funções típicas do Judiciário, mormente pelo Poder Legislativo, que age com o intuito de condicionar os julgadores a meros aplicadores das normas legais integrantes do sistema penal positivado, abstraindo o fato de seres humanos restarem privados de uma solução justa para o seu problema porque não existem leis que lhe dão suporte.

Não obstante, resta claro que, diante do caso concreto, “não cabe invocar o silêncio da lei para negar direitos àqueles que vivem fora do modelo imposto por uma moral conservadora, mas que não agredem a ordem social e não causam prejuízo a ninguém” (DIAS, 2014, p. 309).

A postura afirmativa do Judiciário tem garantido qualidade de vida para pessoas marginalizadas, simplesmente por desejarem assumir sua verdadeira identidade e não aceitarem viver conforme o padrão de gênero imposto culturalmente, garantindo-lhes usufruir de direitos que já os pertencem, como seres humanos e cidadãos brasileiros, sendo absolutamente justificável o suprimento da omissão legislativa em prol da efetivação da dignidade humana.

Nesse sentido, inúmeras são as decisões favoráveis à população LGBTI, fazendo-os sentir acolhidos pelo Direito, tais como o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, a possibilidade de conversão em casamento, a direito à adoção, o reconhecimento de direitos previdenciários, sucessórios, entre muitos outros.

Observando a pertinência temática do presente estudo, salienta-se as decisões

judiciais que favoreceram a comunidade *trans*, composta por transexuais e travestis, no que tange ao Processo Transexualizador e a adoção de nova identidade de gênero perante a sociedade.

3.2.1.1 Cirurgia de redesignação sexual

Até o ano de 1997 a cirurgia era proibida no País, sendo que a população interessada recorria às clínicas clandestinas ou aos procedimentos realizados no exterior. Somente no referido ano, o Conselho Federal de Medicina regulamentou a realização de cirurgias experimentais de mudança de sexo em hospitais universitários brasileiros.

Depois de batalha judicial (Autos de nº 2001.71.00.026279-9/RS), a decisão unânime do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) impôs ao Sistema Único de Saúde (SUS) a inclusão da cirurgia de redesignação sexual na lista de procedimentos cirúrgicos oferecidos à população.

A *ratio decidendi* fundamenta que sua exclusão configuraria discriminação proibida constitucionalmente e ofenderia os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde. Na mesma decisão, determinou que tais cirurgias não configurariam ilícito penal, caráter mutilador ou experimental.

Assim, o Ministério da Saúde autorizou e regulamentou, por meio da Portaria 1707/2008, o Processo Transexualizador no âmbito do SUS, solucionando o problema dos altos custos do procedimento transformatório, até então inacessível para a maioria das pessoas.

A primeira Portaria foi, posteriormente, revogada pela de nº 2803/2013, que redefiniu e ampliou o Processo, aumentando o número de procedimentos ambulatoriais e hospitalares disponíveis, bem como incluiu os procedimentos de redesignação sexual de mulher para homem (FtM – Female to Male).

Há que salientar que a cirurgia somente se realiza quando o paciente é diagnosticado portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição de fenótipo, tendência à automutilação ou autoextermínio, recebendo o diagnóstico de transexualidade.

Além disso, nos termos da Resolução nº 1955 do CFM (2010), deve submeter-se a acompanhamento de equipe interdisciplinar e, após, durante o lapso temporal de dois anos, à tratamento hormonal, período em que é aconselhado a viver como se fosse do sexo oposto para ter certeza de que se trata de um transexual, sendo que a cirurgia somente ocorrerá após completar 21 (vinte e um) anos de idade.

A justificativa para tantas exigências está no fato de ser um procedimento irreversível, sendo necessário que o paciente se enquadre em todos os requisitos: maioridade, acompanhamento psicoterápico por pelo menos dois anos, laudo psicológico/psiquiátrico favorável e diagnóstico de transexualidade, para se obter a certeza quanto à realização da cirurgia.

Entre 2008 e 2016 foram realizados 349 (trezentos e quarenta e nove) procedimentos hospitalares e 13.863 (treze mil, oitocentos e sessenta e três) procedimentos ambulatoriais relacionados ao Processo Transexualizador (2017, online). Dentre os primeiros estão as cirurgias de redesignação sexual, mastectomia (retirada de mama), plástica mamária reconstrutiva (incluindo próteses de silicone) e tireoplastia (troca da voz); e entre os segundos estão a homonioterapia e o acompanhamento realizado por equipe multidisciplinar.

Por sua vez, os procedimentos são realizados por apenas 05 (cinco) hospitais credenciados distribuídos pelo País, resultando em um contingente pequeno de procedimentos realizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e um grande número de pacientes aguardando a cirurgia por tempo bastante superior aos 02 (dois) anos exigidos pela regulamentação, contida na Resolução 1955/2010, do Conselho Federal de Medicina.

Assim, a realidade demonstra a existência de longo caminho a percorrer quanto à adequação física e psicológica destas pessoas, mas o simples fato de acolhê-las e oferecer suporte médico para seguirem suas vidas enquanto aguardam a sonhada cirurgia já possui grande relevância no que tange à eficácia dos direitos humanos.

3.2.1.2 Nome social

Após a adaptação do corpo à identidade de gênero, com a realização de todo o procedimento de transformação corporal e, finalmente, alinhar corpo e mente, o indivíduo se vê em outra situação difícil ao perceber que a sua aparência não coaduna com os seus documentos de identificação.

Maria Berenice Dias reflete a realidade ao afirmar que “*o nome registral do cidadão trans não remete à sua identidade, mas justamente afronta-a*” (2014, p. 281). Isso porque, a despeito do procedimento transexualizador e construção social da personalidade recém assumida, a ausência de documento de identificação coerente submete o indivíduo a constantes situações humilhantes.

Não demora a perceber a necessidade de novamente se readequar às convenções sociais e solicitar, por via judicial, a substituição do nome de registro por um condizente à nova realidade.

Nesse contexto, embora a Lei de Registros Públicos preveja (artigo 58) a definitividade do prenome, a doutrina e jurisprudência passaram a prever hipóteses de alteração/retificação em circunstâncias prejudiciais à vida do indivíduo, tornando razoável a alteração do nome para fazer com que a exigência do assento de nascimento atenda sua finalidade social.

A título exemplificativo, pode-se retificar o nome nas hipóteses de acrescentar patronímio materno ou avoengos desde que não prejudique os apelidos de família; exposição de seu titular a constrangimento ou vexame; ou, ainda, adoção de apelidos públicos notórios.

A quebra da rigidez levou os Tribunais a perceberem a angústia dos transexuais e reconhecerem, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à alteração do nome e identidade de gênero.

Na decisão do Resp 1008398-SP (STJ, 2009), explanou que para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, demonstrando a verdade por ele vivenciada e refletida na sociedade. Logo, o afastamento entre o Direito e o fato social exige a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana, cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. Motivo pelo qual, negar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade assegurada pela Constituição Federal.

Há, inclusive, decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) homologando sentenças estrangeiras que autorizaram a redesignação sexual realizadas em outros países.

Em relação às travestis e transexuais, que realizam os procedimentos hormonais e cirúrgicos, visando a adequação do corpo ao gênero de identificação, mas excluem a cirurgia de readequação sexual, verifica-se uma maior contingência de julgados negando a alteração do prenome e designativo do sexo no registro civil.

Não obstante, a tendência é a modificação de entendimento, conforme se observa na decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2006, AC 70013909874), pioneiro ao garantir a alteração do registro sem que seja necessária a cirurgia, com o argumento de que o fato de o requerente não ter se submetido ao procedimento não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome, sob pena de infração à dignidade humana.

No mesmo sentido, o Conselho Nacional de Justiça aprovou as resoluções de nº 42 e 43 em sua I Jornada de Direito da Saúde (2014, p. 09), nas quais afirma que sendo

comprovado o desejo de viver e ser aceito como pessoa do sexo oposto, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome e sexo jurídico no registro civil.

Não fosse o bastante, a Quarta Turma do STJ, em decisão prolatada em maio de 2017, decidiu que o transexual pode alterar o nome e o sexo em seu registro civil sem que seja necessário realizar a cirurgia de transmutação sexual, com base na avaliação psicológica pericial que afirme a identificação social como gênero divergente.

Segundo o voto do relator, ministro Luiz Felipe Salomão, a cirurgia nem sempre é viável do ponto de vista financeiro, médico e psicológico, motivo pelo qual exigi-la para viabilizar a mudança do sexo registral vai de encontro à defesa dos direitos humanos.

Por outro lado, a mera alteração do prenome não alcança o escopo protetivo desejado, pois se representa a alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante do registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a constrangimentos na vida civil.

Prossegue alegando caber ao STJ considerar as modificações dos usos e costumes sociais nos julgamentos de questões relevantes, observados os princípios constitucionais fundamentais, vetores interpretativos e integrativos de todo o sistema jurídico nacional, e a legislação vigente.

Concluiu, por fim, que somente a modificação do nome é insuficiente para a concretização da dignidade humana, sendo necessário a alteração do sexo no registro e restando impedida qualquer inclusão do termo transexual, o sexo biológico ou o motivo das modificações registrais nos documentos do requerente.

Sobre a temática há, ao menos, duas ações semelhantes no Supremo Tribunal Federal (STF), sendo que, em abril de 2017, a Corte iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 640422/DF, de relatoria do ministro Dias Toffoli, adiada, por tempo indefinido, enquanto aguarda a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275/DF ser pautada para decidirem as demandas conjuntamente.

O recurso se refere à decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), a qual concedeu a mudança de nome na identidade da requerente, mas condicionou a alteração de sexo à realização de cirurgia de transgenitalização, bem como determinou a anotação do termo *transexual* no registro de nascimento, sob alegação de garantia aos princípios da publicidade e veracidade dos registros públicos.

No recurso, a transexual alega que a exigência contraria o princípio da dignidade, direito à intimidade, cria empecilho a concretização do objetivo a República em promover o

bem de todos sem preconceitos ou discriminações e, ainda, viola o direito a saúde, tendo em vista o caráter experimental da cirurgia (neofaloplastia), de alto risco para o paciente e baixa probabilidade de êxito. Afirma, também, buscar um precedente histórico de enorme significado, não só jurídico, mas de inegável repercussão social, considerando a batalha vivenciada diariamente pela comunidade *trans*, na busca por reconhecimento/aceitação de gênero, empregos dignos e formais e integridade psico-física.

Ante os julgados e resoluções supracitados, bem como observando a legislação pertinente, resta aparente a obrigação que tem o Estado de tutelar o direito dessas pessoas, reconhecendo o nome e o sexo pelos quais se identificam, de forma a confirmar sua dignidade.

Tornou-se impossível condicionar a submissão da obtenção de alteração de seu registro civil e identidade sexual à cirurgia de transgenitalização, pois a sujeição é uma escolha individual, mormente por seus riscos, e a exigência é incompatível com o dever inerente ao Poder Judiciário de promover a justiça social.

Assim, o que se espera da decisão do STF é o reconhecimento da realidade e evolução social, com a adoção de política garantidora dos direitos das transexuais e travestis em terem dignidade, pois somente com o apoio judicial, já que inexistente o apoio legislativo, poderiam se inserir nas comunidades em que vivem, sentindo-se menos vulneráveis, e aptas a vencer os desafios de sua condição de gênero sem ter que vencer, ainda, a segregação.

O livre exercício da orientação sexual e de gênero é um direito humano e deve ser uma premissa norteadora da prática democrática no País, o que torna imperativo a adoção de mecanismos protetores desse direito, sendo o uso do nome, conforme a natureza do indivíduo, um dos mecanismos de efetivação da cidadania e combate à discriminação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, possível concluir que a comunidade LGBTI, neste trabalho representada pelos transexuais e travestis, tem lutado pelo reconhecimento de direitos sociais. Contudo, enquanto a comunidade internacional se mobiliza na busca de dignidade *trans*, a política brasileira continua se omitindo, temendo se comprometer com a causa e, com isso, excluindo tais cidadãos da vida em comunidade.

Assim, as pessoas *trans*, cansadas de tanta segregação, resolveram buscar seus direitos por meio do Poder Judiciário, o qual, corajosamente, tem lhes concedido grandes vitórias contra o conservadorismo político.

As decisões judiciais estão evoluindo conforme a passagem dos anos, sendo que, por

meio destas, a população obteve acesso às cirurgias de redesignação sexual e ao processo transexualizador via Sistema Único de Saúde (SUS), embora o procedimento seja extremamente demorado e necessite de constantes progressos para que atinja a todos.

Ainda, em face das redesignações sexuais, as sentenças passaram a conceder a alteração de nome social e, após, a alteração do sexo nos documentos de identificação civil, o que possibilitou a adequação física aos dados apresentados pelos agentes, evitando constrangimentos e preconceitos nas conexões sociais, a exemplo das relações de trabalho.

Até que, atualmente, o julgamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) permitiu a alteração de nome e sexo no documento de identificação sem que fosse necessária a realização de procedimento cirúrgico, concretizando a tendência de deixar de exigir a cirurgia para o alcance de direitos, posicionamento já adotado pelas resoluções 42 e 43 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em sua I Jornada de Direito da Saúde, datado de 2014.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), o qual se manifestará, em breve, a respeito da contenda, sendo esperado que finalize a discussão e conceda, definitivamente, aos transexuais e travestis o direito de alterar seu nome e gênero nos documentos registrares sem a necessidade de cirurgia e procedimentos judiciais desgastantes.

Tudo para que se concretize o direito à dignidade da população *trans*, para que saiam da condição de vulnerabilidade extrema e passem a alcançar voos mais altos em suas vidas pessoais e profissionais, sem precisarem se esconder, simplesmente podendo ter uma vida normal como qualquer outro brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADELMAN, Miriam; *et. Al.* Travestis e Transexuais e os Outros: Identidade e Experiências de vida. *Gênero*, Niterói, v.4, n.1, 36p., 2003. Disponível em: <<http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/view/238/158>> Acesso em: 27 mar. 2017.

ALMEIDA, Guilherme; MURTA, Daniela. Reflexões sobre a possibilidade da despatologização da transexualidade e a necessidade da assistência integral à saúde de transexuais no Brasil. *Sex., Salud Soc. (Rio J.)*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 380-407, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/view/6979>>. Acesso em: 30 març. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1955, de 03 de setembro de 2010. Dispões sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1652/02. Diário Oficial da União, Brasília, Seção I, p. 109-110, 03 de set de 2010.

BRASIL. 2016. Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2013. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 2803, de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1, p. 25, 21 de nov. 2013.

BRASIL. Portal da Saúde – SUS. Ministério da Saúde habilita novos serviços ambulatoriais para processo transexualizador. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sgep/sgep-noticias/27154-ministerio-da-saude-habilita-novos-servicos-ambulatoriais-para-processo-transexualizador>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BRASIL. Resolução nº 11, de 18 de dezembro de 2014. Estabelece os parâmetros para a inclusão dos itens “orientação sexual”, “identidade de gênero” e “nome social” nos boletins de ocorrência emitidos pelas autoridades policiais no Brasil. Diário Oficial, Brasília, DF, nº 48, 12 mar. 2015. Seção I, p. 02.

BRASIL. Resolução nº 12, de 16 de janeiro de 2015. Estabelece parâmetros de pessoas travestis e transexuais nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero. Diário Oficial, Brasília, DF, nº 48, 12 mar. 2015. Seção I, p. 03.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. I Jornada de Direito da Saúde. São Paulo, maio de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf> Acesso em: 28 jun. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JESUS, Jaqueline Gomes de. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. 2ª ed. Brasília, 2012. 41 f. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989> Acesso em: 28 maio 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra; SILVA, João Carlos Jarochinski; RAMINA, Larissa. **A ONU aos 70: contribuições, desafios e perspectivas**. Boa Vista: Editora da UFRR, 2016.

LANZ, Letícia. **O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero**. 2014. 342 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná.

PETRY, Analídia Rodolpho; MEYER, Dagmar Elisabeth Estermann. **Transexualidade e heteronormatividade: algumas questões para a pesquisa**. Textos & Contextos (Porto Alegre), v. 10, n. 1, p. 193 - 198, jan./jul. 2011. P. 197. Disponível em: <<file:///C:/Users/Geanna%20Moraes/Downloads/7375-33112-1-PB.pdf>> Acesso em: 30 març.

2017.

PILLAY, Navi. **Nascidos Livres e Iguais**. ONU. 2013. P. 07. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/img/2013/03/nascidos_livres_e_iguais.pdf> Acesso em: 03 abr. 2017.

SÃO PAULO. Governo do Estado. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. Coordenação de Políticas para a Diversidade Sexual. Diversidade sexual e cidadania LGBT. SÃO Paulo: SJDC/SP, 2014. Disponível em: <http://www.recursoshumanos.sp.gov.br/lgbt/cartilha_diversidade.pdf> Acesso em: 28 març. 2017.

SOUZA, Mariana Barbosa e VIEIRA, Otávio J. Zini. Transexualidade – A quebra de paradigmas à luz do Biodireito. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 68, pp. 587-608, jan./jun. 2016.

STF – RE: 670422, Relator: Ministro Dias Toffoli. Repercussão Geral. Processo em andamento.

STJ – Resp: 1008398 SP 2007/0273360-5, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 15/10/2009, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJE 18/12/2009.

STJ – Resp: 1626739 RS 2016/0245586-9, Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão, Data de Julgamento: 09/05/2017, Quarta Turma.

TJRS - AC 70013909874, 7ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, Julgado em 05/04/2006.

TRF-4 – AC: 2627 RS 2001.71.00.026279-9, Relator: Roger Raupp Rios, Data de Julgamento: 14/08/2007, Terceira Turma, Data de Publicação: D.E. 22/08/2007.

A CRISE JURISDICIONAL E APLICAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: O ADVOGADO PERANTE A SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS

Amanda De Paula NOGUEIRA¹
Vinícius José Corrêa GONÇALVES²

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar a crise vivenciada pelo poder judiciário e suas implicações práticas que acarretam a morosidade do sistema. Apresenta-se a crise quantitativamente e os meios alternativos de resolução de conflitos como solução ao problema. Os meios autocompositivos funcionam como complementos ao aparelho estatal, os quais se revelam mais eficazes que a própria máquina judiciária, uma vez que colocam em evidência as próprias partes e a causa do conflito. Nesse cenário, revela-se o papel do advogado, quem pode convencer seu cliente a se submeter aos métodos alternativos, mostrando-lhe as vantagens em detrimento do percurso de todo trâmite processual. Objetiva-se com o presente trabalho demonstrar que o sistema jurídico brasileiro precisa de novas soluções, mais efetivas para solucionar a crise e que os equivalentes jurisdicionais são opções para tanto, sendo o advogado o operador do direito que exerce grande influência na consolidação de tais meios. Trata-se dos entraves que impedem a propagação das vias autocompositivas entre esses profissionais, mas, por outro lado, possíveis soluções são abordadas com o escopo de indicar a significativa importância do advogado no cenário de transição da cultura de litígio para cultura de pacificação social. A metodologia empregada no presente trabalho é a pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Crise do judiciário. Meios alternativos de resolução de conflitos. Advogado.

ABSTRACT

The present study seeks to demonstrate the crisis experienced by the judiciary and its practical implications that induce the backwardness of the system. Introduce the crisis quantitatively and the alternative dispute resolution as a solution to the problem. These technics function as add-ons to the State apparatus, which are more effective than its own judicial machine, once highlighted the parties themselves and the cause of the conflict. In this scenario, it is the role of the lawyer, who can convince your client to submit to alternative methods, showing you the

1 Estudante do 4º ano de Direito na Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos - SP.

2 Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (Área de Concentração: Função Social no Direito Constitucional; Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça nas Constituições). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Área de Concentração: Teorias da Justiça - Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito; 2009-2011). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina, com formação para o magistério superior (2008-2010). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2003-2007). Professor de Direito Constitucional, Jurisdição Constitucional e Direito Processual Civil na Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos/SP (FAESO). Professor de pós-graduação "lato sensu" em Direito Processual Civil e Jurisdição Constitucional pela Faculdade Sul Brasil (FASUL) e pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo (ESA/SP, subseção de Ourinhos/SP). Autor do livro "Tribunais Multiportas: pela efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos". Editor da revista Hórus (área: Direito; ISSN: 1679-9267). Chefe de Seção Judiciário (Oficial Maior) na Primeira Vara Criminal da Comarca de Ourinhos/SP. Principais áreas de atuação: Direito Processual (Civil e Penal), Direito Constitucional, Administração da Justiça e Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (Alternative Dispute Resolution [ADR's]).

advantages over the course of the entire process. The goal with this study demonstrate that the Brazilian legal system needs new, more effective solutions to resolve the crisis and that the jurisdictional equivalents are options for both, being the lawyer the right operator that exerts great influence on the consolidation of such means. Present the barriers that prevent the spread of alternative methods routes between these professionals, but, on the other hand, potential solutions are discussed with the scope to indicate the significant importance of lawyer culture transition scenario of litigation to culture of social pacification. The methodology employed in this study is the bibliographical research.

KEY-WORDS: Crisis in the judiciary. Alternative means of conflict resolution. Lawyer.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a análise da crise do Poder Judiciário e a aplicação dos meios alternativos de resolução dos conflitos, com enfoque no papel do advogado perante a solução consensual das demandas. Pretende-se demonstrar que a crise jurisdicional pode ser eficazmente atenuada se houver o correto emprego dos métodos da conciliação e da mediação e, sobretudo, visa o presente trabalho a demonstração da significativa influência da postura colaborativa assumida pelo advogado como operador do direito, no tocante aos efeitos, ganhos e resultados da aplicação dos equivalentes jurisdicionais.

A fim de demonstrar a crise enfrentada, problema relevante para o desenvolvimento do presente artigo, uma vez que aqui se busca soluções para tanto, apresenta-se a realidade em que se encontra a Justiça estadual, mediante panorama geral e quantitativo. Verificada a crise, inicia-se a explanação acerca da importância dos meios alternativos de resolução de conflitos, sua relação de complementaridade, com enfoque na adoção de dois meios em especial, a conciliação e a mediação.

Por conseguinte, faz-se breve análise acerca da aplicação atual dos referidos métodos, bem como seus benefícios, vantagens e razões pelas quais podem ser considerados como soluções eficazes à crise vivenciada pelo ordenamento jurídico. Com o intuito de atender ao objetivo do presente trabalho, revela-se o poder do advogado como operador do direito capaz de influir significativamente na adoção e correto aproveitamento dos meios alternativos.

Justifica-se a pesquisa no propósito de constatação de que o aparelho estatal necessita de melhores soluções às demandas sociais, as quais podem ser eficazmente resolvidas em outras searas de resolução de litígios, sem a passagem pelas instâncias do Judiciário, o que contribuiria para o aumento da morosidade processual. Visa este artigo à

contribuição acadêmica no sentido de esclarecer que os equivalentes jurisdicionais são ferramentas efetivas na solução da lide, uma vez que direcionam o enfoque às próprias partes e à causa da litigiosidade, razão pelas quais trazem à tona a pacificação social. Isto posto, evidencia-se o advogado como operador de tais ferramentas, indicando os principais entraves à mudança da postura combativa desses profissionais, bem como alterações necessárias para adoção de conduta colaborativa.

Assim sendo, cabe mencionar que o método científico adotado no presente trabalho é o hipotético-dedutivo, pois, a partir de premissas hipotéticas sobre a temática enfocada, as ideias centrais foram desenvolvidas dedutivamente.

2 A CRISE DA JURISDIÇÃO, O GERENCIAMENTO DOS PROCESSOS E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Hodiernamente, é notório que o poder judiciário recebe uma quantidade exorbitante de demandas, resultado da contínua proliferação de conflitos e da insuficiente difusão dos meios alternativos de resolução de litígios como medidas eficazes ao acesso à justiça.

A carência na propagação dos meios alternativos contribui para com o excesso de ações descomedidas que sobrecarregam o sistema processual, caracterizado pelo acesso abusivo, atrelado à crença sociocultural de que o Estado-Juiz é o único competente para solucionar as controvérsias. Esse mecanismo de adjudicação de conflitos pelo Poder Judiciário é consequência da denominada “cultura de sentença”, responsável por congestionar tanto as instâncias ordinárias, bem como os Tribunais Superiores e a Suprema Corte³.

Da mesma forma, a crise do poder judiciário está intrinsecamente relacionada ao descompasso entre o progresso científico do direito processual e o necessário aperfeiçoamento do aparelho estatal e da administração da justiça.

A crise da máquina judiciária, marcada pela morosidade na solução das demandas, também está relacionada ao crescimento da litigiosidade contida no âmbito social, visto que, por vezes, as pessoas deixam de buscar a solução jurisdicional pela crença de que o problema não será resolvido de plano, ou, ainda que a lide ascenda até o Estado-Juiz, a sentença impositiva não é suficiente para solver a causa da litigiosidade.

Assim sendo, conforme ensina Ada Pellegrini Grinover⁴, os esforços rumo ao que

3 Cf., WATANABE, Kazuo. A política pública do poder Judiciário nacional para tratamento adequados dos conflitos de interesse. Em: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. WATANABE, K.; GRINOVER, A. P. (Coord.).Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.4.

4 Cf., GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. Revista Escola Nacional da Magistratura. v.2, n. 5, abr. 2008. p. 22-24.

denominou “universalidade da jurisdição”, ou seja, o incentivo promovido para que os cidadãos busquem o acesso ao judiciário, não resolve o problema da litigiosidade, quão menos a crise, a qual tende a sofrer piora, em razão de sobrecarga de processos submetidos ao julgamento de Juízes e Tribunais.

De acordo com a doutrinadora, o aumento do número de magistrados apenas provoca majoração da quantidade de demandas, “pois quanto mais fácil for o acesso à justiça, quanto mais ampla a universalidade da jurisdição, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve”.⁵ Nesse cenário, as vias conciliativas exercem três finalidades primordiais. Trata-se do critério funcional, social e político das equivalentes jurisdicionais.

Apresentam o caráter funcional na medida em que visam desobstruir os tribunais e os juizados especiais mediante efetivação de instrumentos institucionalizados criados para concretizar a autocomposição de litígios⁶. Por exemplo, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), consagrado pelo Novo Código de Processo Civil no art. 165 (Lei n. 13.105/15), foi criado com a incumbência de proporcionar solução das controvérsias mediante sessões de conciliação endoprocessuais. Isto posto, os conciliadores e mediadores, em consonância ao disposto nos incisos VII e VIII do art. 1º do Anexo III da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, evidenciam o aspecto funcional de suas atribuições ao ensinarem os interessados a discernirem melhores soluções para conflitos futuros e compreenderem reciprocamente a humanidade inerentes às relações sociais⁷.

Quanto ao critério social, Grinover leciona que esta característica traduz a pacificação buscada pelas vias conciliativas, objetivo que dificilmente é alcançado pelas sentenças, as quais se limitam a impor a solução para o caso concreto, sem o deslinde das causas geradoras das controvérsias. Diferentemente, os métodos alternativos, direcionados ao futuro⁸, proporcionam a pacificação, uma vez que empregam recursos para que os próprios envolvidos apresentem o melhor desfecho e solucionem o conflito por meio da identificação do alicerce da litigiosidade, prevenindo, assim, a criação de novas problemáticas.

Já no tocante ao critério político, este consiste na participação do povo na administração da justiça, seja por intermédio dos processos ou pelas equivalentes inseridas no atual quadro de política judiciária.

No mais, cabe mencionar que a consolidação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, materializada pelo exercício de suas funções acima descritas, refletirá

5 *Ibidem*, p. 24.

6 *Idem*.

7 Cf., NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – volume único**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 12.

8 Cf., GRINOVER, Ada Pelegrini. *Op. Cit.*, p. 4.

diretamente no efetivo gerenciamento dos processos pelo magistrado⁹.

A expressão “gerenciamento do processo” tem sua origem no direito norte-americano. Em meados do século XX, os Estados Unidos enfrentou um aumento significativo no número de demandas, crescentes em quantia e complexidade. Objetivando resolver as pendências, desenvolveram um método para conduzir os processos, no qual o magistrado é a base central para se lograr êxito¹⁰.

Para tanto, deve o juiz laborar ativamente nos limites de sua jurisdição, destacando os pontos controversos relevantes, estimulando aplicação de métodos alternativos, bem como dependendo tempo suficiente para análise de todas as fases processuais que eventualmente forem percorridas.

Destaca-se que o compromisso do magistrado com a correta utilização do modelo de gerenciamento de processo pode significar a conquista de celeridade e eficiência processual, pois será possível reduzir o número de demandas, bem como a duração daquelas em que as partes não firmarem acordo de vontades.

Com efeito, a significativa redução permitirá que o magistrado se aproxime dos processos mais complexos, de modo que possa acompanhá-los desde o início, permitindo apenas realização de atos efetivamente úteis, capazes de elucidar fatos e proporcionar elementos probatórios fundamentais para julgamentos justos e razoáveis, amenizando, portanto, a crise do poder jurisdicional.

2.1 A crise numérica do poder judiciário brasileiro: apontamentos estísticos

A crise no poder judiciário vem sendo objeto de estudo estatístico desde 2004, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, responsável pela instalação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ocorrida em 14 de junho de 2005, cuja “missão institucional precípua é a formulação de políticas e estratégias nacionais para tornar o sistema judiciário mais eficiente e menos oneroso”.¹¹ Para tanto, em 16 de agosto de 2004, o CNJ criou o Sistema de Estatística do Poder Judiciário, incumbido de concentrar e analisar os dados encaminhados pelos Tribunais do país.

9 Cf., WATANABE, Kazuo. **A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil**. Em: NETO, Adolfo Braga et al. *Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional*. GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; NETO, C. L. (Coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 19-20.

10 Cf., LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação no judiciário: teoria na prática e prática na teoria**. Coordenação: Claudia F. Grosman, Helena G. Mandelbaum. 1. ed. São Paulo: Primavera Editorial, 2011. p. 293 – 294.

11 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário**. Brasília, 2005. p. 17. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 08 abr. 2017.

O “Justiça em Números” busca ampliar o processo de conhecimento do Poder Judiciário, demonstrado não apenas por meio de dados estatísticos, mas, e principalmente, mediante indicadores capazes de retratar o desempenho dos órgãos da Justiça. A construção desses indicadores representa uma tentativa de estabelecer uma cultura de planejamento e de gestão estratégica em um contexto político-econômico de recursos escassos.¹²

De início, cabível breve menção a respeito dos principais indicadores empregados na análise estatística, a saber, processos baixados, taxa de congestionamento e índice de conciliação.

Observa-se, diante dos relatórios estatísticos divulgados anualmente pelo CNJ¹³, que são considerados processos baixados aqueles que foram remetidos para outros órgãos judiciais competentes, pertencentes a outros tribunais; os remetidos para instâncias superiores ou inferiores; os arquivados definitivamente e os processos em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento de sentença ou execução. A taxa de congestionamento representa os processos que ainda se encontram em trâmite, os arquivados provisoriamente e os suspensos. Quanto ao índice de conciliação, introduzido como indicador a partir de 2016 (ano-base 2015), afere em percentual as sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo.¹⁴

Avançando na matéria, tem-se que a problemática está centrada no fato de que o número de processos baixados se aproxima da quantia de casos novos, porém o montante de processos em estoque continua crescente, equivalendo ao triplo do total de casos novos e baixados, de maneira que se a Justiça Estadual deixasse de receber novas demandas, seria necessário cerca de três anos para reduzir o estoque à zero¹⁵.

O mencionado lapso temporal seria necessário, uma vez que a taxa de congestionamento não alcançou significativos progressos entre 2004 a 2016.

Tendo em conta os anos de 2004 a 2008, a mencionada taxa variou entre 60% a 62%, representando que apenas 38% a 40% dos processos foram resolvidos, contados entre os pendentes e os novos que ingressaram na Justiça Federal. Quanto à Justiça Estadual, a taxa de congestionamento permaneceu elevada durante o referido quadriênio, fixada no patamar de

12 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário**. Brasília, 2009. p. 81. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 08 abr. 2017.

13 Cf., CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário**. Brasília, 2005-2016. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 08 abr. 2017.

14 Cf., CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário**. Brasília, 2016. p. 45. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 08 abr. 2017.

15 *Ibidem*, p. 97.

75% e variou apenas um por cento¹⁶.

No quadriênio seguinte, conforme relatório do ano de 2013¹⁷, houve um aumento de 10,6% dos processos em trâmite no Judiciário brasileiro, os quais somaram o montante correspondente a 92,2 milhões em tramitação, sendo 14,8% o número de casos novos contados até o ano de 2012.

Em 2013, ano-base do relatório de 2014, o número de processos que tramitaram na justiça brasileira fez a quantia de 95 milhões, dos quais 70% já estavam pendentes, o que significou um aumento de 1,2% no tocante aos casos novos e 4,2% aos casos pendentes em relação aos anos anteriores. Nesse contexto, cabe destacar que 90,1% do total de processos em tramitação encontravam-se na primeira instância¹⁸.

No ano seguinte, em 2014, ingressaram no Judiciário cerca de 28.878.663 de demandas novas, resultante no aumento de 1,1% e 26.997.501 foram julgados, quantificando um índice de 4,0%, maior comparado ao ano anterior. Porém, o estoque de ações também aumentou, tendo alcançado o índice de 5,5% e a quantidade expressiva de 70.828.587 processos. Já em 2015, a taxa de congestionamento era de 72%, com 73.936.309 casos pendentes, resultado de um aumento de 2,6% do estoque de demandas.¹⁹

Conforme relatório anual de 2016, a Justiça Estadual finalizou 2015 com aproximadamente 59 milhões de processos em tramitação, tendo aumentado 3% (três por cento) do estoque, o que significa cerca de 1,7 milhões de processos a mais em relação ao ano anterior.

Em análise estatística desse mesmo ano, o CNJ inovou ao apresentar índice de demandas resolvidas mediante conciliação. Nesse sentido, a apuração estatística revelou que as decisões e sentenças homologatórias de acordo representaram somente 9,4% entre todas que foram prolatadas pelos magistrados, e que a maioria das soluções consensuais são provenientes da fase de conhecimento, sendo o índice de 10,5% nas varas e 19,1% nos juizados especiais.²⁰

16 Cf., CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário**. Brasília, 2009. p. 86-99. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 08 abr. 2017.

17 Cf., CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário**. Brasília, 2013. p. 36. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 08 abr. 2017.

18 Cf., CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário**. Brasília, 2014. p. 79. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 08 abr. 2017.

19 Cf., CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário**. Brasília, 2016. p. 13. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 08 abr. 2017.

20 *Ibidem*, p. 99.

Desse modo, ante as quantificações apresentadas, é de ver que o poder judiciário encontra-se abarrotado de processos, que ano a ano se acumulam em todos os tribunais do país, compondo um estoque que necessitaria três anos para ser reduzido à zero. Nesse cenário, de acordo com o inexpressivo índice de conciliação trazido pelo último relatório, tem-se que os meios alternativos de resolução de conflitos ainda estão sendo minimamente aplicados no contexto da crise jurisdicional aqui demonstrada mediante análise estatística.

Logo, perante a quantidade exorbitante de processos pendentes e o considerável número de novos casos, a Justiça brasileira requer melhores soluções às demandas, as quais devem ser eficazes, aptas a gerar pacificação entre as partes, a fim de que o ingresso judicial de ações seja reduzido e, assim, o sistema judiciário possa aumentar as resoluções dos conflitos, diminuindo de modo progressivo e contínuo o número de litígios em espera.

2.2 Crise do poder judiciário e o acesso à justiça

A crise jurisdicional está relacionada com o movimento de acesso à justiça que surgiu em 1970, a partir do projeto “Florença de Acesso à Justiça”, cujos mentores foram Mauro Capelletti e Bryant Garth²¹. Esse movimento deu início ao estudo sobre acesso à justiça, em razão de obstáculos enfrentados à época, como a dificuldade dos cidadãos pagarem custas judiciais, precária aptidão para reconhecimento de direito próprio, a presença de vantagens existentes entre os denominados litigantes “habituais” em detrimento dos “eventuais” e a ausência de tutela de interesses difusos, entraves presentes, sobretudo, entre pobres, pequenas causas e autores individuais.²²

Esse movimento, no qual se reconheceram obstáculos e a partir de então se iniciou a busca por soluções, foi marcado por três fases denominadas ondas renovatórias²³. Ainda que o projeto tenha observado questões fáticas e jurídicas de diversos países, cabe breve análise de sua influência no ordenamento jurídico brasileiro.

Primeira onda renovatória é direcionada ao acesso à justiça dos hipossuficientes, os quais por não terem condições de pagar custas judiciais e dispendiosos honorários advocatícios, permaneciam afastados da jurisdição. Com o surgimento dessa temática, no Brasil foram constituídas assistências judiciárias gratuitas, a fim de superar obstáculos

21 Cf., ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. **O ensino jurídico e o tratamento dos conflitos: o impacto da resolução n. 125 sobre os cursos de direito**. Dissertação (Mestrado em Direito). Versão corrigida. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016. p. 50.

22 Cf., CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Bras. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. p.15-29.

23 *Ibidem*, p. 31.

econômicos e proporcionar serviços jurídicos aos mais necessitados.²⁴Para tanto, a Carta Magna de 1988 tornou a assistência gratuita em garantia constitucional mediante instituição da Defensoria Pública, essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134, Constituição Federal de 1988).

Ainda que uma das barreiras tenha começado a ser transposta, na medida em que cada vez mais cidadãos buscam orientação jurídica, “a assistência judiciária não pode ser o único enfoque a ser dado na reforma que cogita do acesso à Justiça”.²⁵

Desse modo, adveio o segundo movimento com a finalidade conferir proteção aos interesses difusos, ensejando criações normativas tais como a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), ação popular (Lei n. 4.717/65), mandado de segurança coletivo (Lei n. 12.016/2009) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). A segunda onda representou significativo avanço sob a ótica social, pois, ao tutelar interesses coletivos, proporcionou a inclusão de classes marginalizadas, quais sejam, mulheres, crianças, deficientes e idosos, por exemplo.²⁶

A terceira onda amplificou os conceitos de acesso à justiça, vislumbrando a ineficiência dos procedimentos tradicionais no tocante ao cumprimento das obrigações inerentes à prestação estatal.²⁷Conforme ensina Mauro Capelletti, trata-se de um novo enfoque de acesso à justiça:

O novo enfoque de acesso à justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma incluiu a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas 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. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.²⁸

Dentre as possibilidades elencadas pelo referido doutrinador para melhorar o acesso estão inclusos os meios alternativos de resolução de conflitos, como mediação e conciliação, pois nessa fase observou-se que justiça pode ser efetivada por outros meios, diversos do monopólio estatal.²⁹ Nesse contexto, Capelletti ressaltou que “não podemos deixar de

24 Cf., VARGAS, Sarah Merçon. **Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. p. 15.

25 CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. Cit.*, p. 47.

26 Cf., SANTOS, Ricardo Goretti. **Acesso à justiça e mediação: ponderações sobre os obstáculos à efetivação de uma via alternativa de solução de conflitos**. Dissertação (Mestrado em Direito). Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, 2008. p. 75-76.

27 Cf., GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais multiportas: pela efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 65.

28 CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. Cit.*, p. 67-68.

29 Cf., GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Op. Cit.*, p. 66.

considerar as implicações e o inter-relacionamento com o complexo maquinário já existente para solução de litígios”³⁰, de modo que as vias conciliativas estabelecem uma relação de complementaridade com o sistema vigente, em busca da superação dos obstáculos enfrentados quando o assunto é acesso à Justiça.

Assim, diante das implicações práticas que surgiram em decorrência do movimento que culminou nas ondas renovatórias, tem-se que vem sendo promovidos esforços rumo ao que Ada Pellegrini Grinover denominou de “universalidade da jurisdição”.³¹ Nesse sentido, conforme anteriormente demonstrado, o incentivo à busca pelos cidadãos do acesso ao judiciário, ocasionou sua crise, em razão da ínfima efetividade tendo em conta o número de demandas que foram sendo propostas e acumuladas ao longo dos últimos anos.

A crise jurisdicional é mais um obstáculo ao pleno acesso à justiça, que já era previsto por Capelletti e Garth, pois advertiram que “muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro”.³² Por isso, as equivalentes jurisdicionais são meios de auxílio ao ordenamento jurídico na transposição de mais essa barreira, em busca do pleno acesso à justiça e alcance da pacificação social.

3 A COMPLEMENTARIDADE DOS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

A cultura jurídica da sociedade brasileira vem sendo arraigada pela restrita aplicação da lei ao caso concreto, resultante de lides estimuladas pelas próprias partes que buscam incessantemente o poder judiciário como solucionador monocrático das controvérsias. Nesse sentido, “a sociedade brasileira está acostumada e acomodada ao litígio e ao cêlere pressuposto básico de que a justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado”³³.

Dessa forma, o desafio inicial do conciliador ou mediador é apresentar-se aos litigantes como terceiro imparcial, a fim de que estes se tornem dispostos a se desvincularem da barreira incidente sobre os métodos alternativos, a qual traduz o paradigma de um acordo não eficaz em razão das sessões de conciliação e mediação não serem presididas por magistrado.

30 CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op Cit.*, p. 75.

31 Cf., GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. Cit.*, p. 23-24.

32 CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. Cit.*, p. 29.

33 NETO, Adolfo Braga. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. Em: **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**/ Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Caetano Lagrasta Neto, coordenação; com posfácio de Vincenzo Vigoriti. – 2. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008. p. 64.

Assim, a inauguração do rompimento da barreira ideológica, inerente à maioria dos litigantes, pode se dar com o esclarecimento pelo terceiro mediador ou conciliador de que o ajuste de vontades firmado, tanto na fase pré ou endoprocessual, será homologado judicialmente, de sorte que as partes verifiquem, em um primeiro momento, prescindível a confiança uma na outra e passem a crer na eficácia do método a elas submetido.

Nesse contexto, as partes serão protagonistas na resolução de seus dilemas jurídicos, pois a mediação é “uma aposta na diferença entre o tratamento dos conflitos de maneira tradicional (Estado produtor de regulação e de jurisdição, único meio de resposta) para uma estratégia partilhada e convencionada que tenha por base um direito inclusivo”.³⁴

Logo, têm-se os métodos consensuais de solução das controvérsias como complementares ao sistema tradicional. Complementam a atividade jurisdicional na medida em que visam à diminuição do número de causas submetidas ao mérito judicante, haja vista que as autocomposições obtidas serão apenas reduzidas a termo e homologadas por sentença (art. 334, § 11, CPC), reservando aos magistrados o julgamento das mais complexas, nas quais as partes apresentam resistência e embaraço a implementação de outras formas de resolução de seus problemas jurídicos.

o que se busca, então, é aumentar as opções disponíveis para a solução dos conflitos, continuando a figurar a solução estatal, através da sentença, como a principal delas, havendo uma relação de complementariedade entre esta última e as demais, o que afasta a ideia de que tais formas de solução de conflitos ferem o monopólio da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CF – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito).³⁵

Além de refutar o pensamento de que a consolidação de tais métodos fere o monopólio da jurisdição, a relação de complementariedade contribui significativamente na mudança da cultura jurídica brasileira.

Nesse sentido, ainda que as partes apresentem resistência quanto à submissão ao método alternativo, a presença do Estado-juiz, mesmo que posterior a eventual acordo firmado, as conforta inicialmente, sobretudo porque o ordenamento jurídico se encontra apenas no início de uma era em que as práticas consensuais tendem a ser cada vez mais difundidas, dada crise jurisdicional e o advento do novo código de processo civil.

A difusão das equivalentes jurisdicionais também está relacionada ao cumprimento da missão estatal no tocante à finalidade para qual criada sistemática processual, ou seja, a

34 MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.159.

35 LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. A resolução n. 125 do conselho nacional de justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para implantação concreta. Em: **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**/ coordenadores: Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso; colaboradores Ada Pellegrini Grinover... [et. al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 232.

extinção dos conflitos da sociedade, a partir da pacificação, escopo este concretizado pelo uso dos meios alternativos. Segundo bem esclarece Cândido Rangel Dinamarco:

A eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade. Tal é o ponto de apoio e elemento de legitimação dos meios alternativos de solução de conflitos.³⁶

Ensina o mencionado doutrinador que a pacificação é um viés fundamental do espoco social, pois o Estado como ente provedor do bem-estar coletivo, deve se empenhar a fim que sejam dissipadas as insatisfações concebidas no seio social, haja vista que são fatores capazes de criarem uma conjuntura propícia para a expansão da litigiosidade.³⁷

Assim sendo, tendo em conta que o objetivo principal é a resolução dos conflitos com o intuito de atingir a pacificação social, tem-se que a ordem jurídica, ao restringir a sujeição dos litigantes apenas à atividade jurisdicional, não é plenamente justa, visto que as imposições dos magistrados não são suficientes para alcançar a base dos litígios, tornando indispensável, portanto, o uso da conciliação e da mediação como métodos alternativos, complementares e facilitadores da missão estatal.

4 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E APLICAÇÃO PRÁTICA

Com o intuito de auxiliar na redução quantitativa das demandas, em 2010 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 125, que estabeleceu uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse. Instituiu aos Tribunais o dever de criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), estruturas alicerces do desenvolvimento da cultura de solução consensual dos litígios.

A aplicação dessa política pública tem como uma de suas consequências a diminuição do número de demandas, pois seu escopo fundamental é proporcionar aos litigantes acesso à ordem jurídica justa, como bem explica Kazuo Watanabe:

A redução do volume de serviços do Judiciário é uma consequência importante desse resultado social, mas não seu escopo fundamental. Por meio dessa política pública judiciária, que proporciona aos jurisdicionados uma solução mais adequada dos conflitos, o Judiciário Nacional estará adotando um importante filtro da litigiosidade, que ao contrário de barrar o acesso à justiça, assegurará aos jurisdicionados o *acesso à ordem jurídica justa*, e além disso atuará de modo importante na redução da quantidade de conflitos a serem ajuizados e também, em relação aos conflitos judicializados ou que venham a ser judicializados, a sua solução pelos mecanismos de solução consensual dos conflitos, o que certamente determinará a redução substancial da quantidade de sentenças, de recursos e de

36 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 59.

37 *Idem*.

execuções judiciais.³⁸

A justiça da decisão decorre justamente do emprego de métodos não adversariais, pois as próprias partes são as solucionadoras do conflito, por meio de ajuste de vontades que ocorre com mais precisão e excelência, tendo em conta que são elas que vivenciam o conflito, com conhecimento acerca da verdadeira realidade fática, “o que certamente as levará a ter maior consciência quanto à necessidade de cumprimento de eventual acordo obtido”.³⁹

Nesse cenário, as partes se tornam proativas, responsáveis pelas escolhas que as levam ao encontro de resultados satisfatórios, o escopo primordial da inserção dos métodos alternativos no sistema jurídico brasileiro, sendo a redução quantitativa mera consequência.⁴⁰

Com o intuito de proporcionar às partes oportunidade para entabularem acordo, o novo diploma processual civil estabeleceu a necessidade de manifestação acerca de interesse na realização de audiência de conciliação ou mediação (art. 319, VII, CPC), devendo o juiz designá-la com antecedência mínima de trinta dias, e o réu ser citado com pelo menos vinte dias antes da data marcada (art. 334, *caput*, CPC).

A tentativa de conciliação prévia ocorre nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos, cabendo às partes que manifestaram interesse comparecerem no dia e hora designada, sob pena de configuração de ato atentatório à dignidade da justiça, o qual enseja aplicação de multa equivalente à quantia de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou valor da causa (art. 334, § 8º, CPC).

No tocante aos métodos, a conciliação e a mediação são os utilizados nos referidos centros. Conforme o art. 165, § 2º e 3º, do Código de Processo Civil, os conciliadores atuarão nos casos que não houver vínculo anterior entre as partes, com autorização para sugerir soluções, tais como em ações que envolverem acidente de veículo, relação de consumo; enquanto o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior, ações que versam sobre direito de família e relação entre sócios, por exemplo. Essa diferença é justificada pela abordagem do conflito, pois a conciliação é mais célere⁴¹, por isso mais eficaz nas modalidades acima citadas, nas quais os conflitos são “de fundo patrimonial, em

38 WATANABE, Kazuo. A política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequados dos conflitos de interesse. *Op. Cit.*, p.4-5.

39 DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. Em: NETO, Adolfo Braga et al. **Mediação e gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional**. GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; NETO, C. L. (Coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 49.

40 Cf., PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 177.

41 Cf., NETO, Adolfo Braga. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. Em: NETO, Adolfo Braga et al. **Mediação e gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional**. GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; NETO, C. L. (Coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 65.

que os envolvidos detêm uma relação pontual”.⁴²

Entretanto, a distinção entre conciliação e mediação não se restringe a existência de prévia relação intersubjetiva entre as partes. Esses institutos impõem regras de conduta ética próprias ao conciliador e ao mediador, embora ambos possuam a missão comum de restabelecer a comunicação efetiva entre os litigantes.

Nesse sentido, uma vez demonstradas as razões e propostas sugeridas pelas partes, cabe ao conciliador fornecê-las soluções alternativas que refletem as próprias conclusões que formaram. Desse modo, o conciliador não interfere diretamente, não menos realiza juízo de valor ou filia-se a qualquer dos lados, mas apenas sugere opções efetivas ante as situações fáticas e jurídicas postas sob exame.⁴³

Para tanto, conforme ensina Adolfo Braga Neto, a conciliação se divide em quatro etapas. Inicia-se a conciliação mediante explicações acerca das regras e implicações legais do método, fase denominada abertura. Em seguida, na fase de esclarecimentos o conciliador indaga as partes sobre as razões do conflito, presta atenção nas questões apontadas mediante escuta ativa e analisa o comportamento dos envolvidos. Adiante, na fase chamada criação de opções, o conciliador deve incentivá-los a traçar propostas à solução do litígio, de maneira que seja possível, de logo, proceder-se à redação do termo e sua assinatura⁴⁴.

Já a mediação exige que o mediador percorra etapas diversas da conciliação⁴⁵. Este procedimento consensual é mais complexo em razão da animosidade há muito estabelecida entre as partes. É preciso que o mediador, a partir de questionamentos e aplicação de técnicas mediativas, conquiste a confiança dos mediados e neles desperte o interesse pela autocomposição, haja vista que às partes incumbe o encontro de soluções aos problemas, ao mediador incentivá-las a tanto e “apenas organizar as ideias apresentadas”.⁴⁶

Assim, inicialmente, deve o mediador separar os conflitantes do problema, fazendo com que as partes entendam que a versão que apresentam não é absoluta e compreendam que o enfoque é o conflito e não as pessoas envolvidas. A partir do emprego da técnica denominada escuta ativa, as partes tornam-se capazes de prestar efetiva atenção uma na outra, cujo diálogo deve ser conduzido pelo mediador, o qual deve trabalhar de modo que os litigantes tenham consciência de suas responsabilidades e, por conseguinte, evitem atribuição de culpa⁴⁷.

42 PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. *Op. Cit.*, p. 445.

43 Cf., SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação dos conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p.42-43

44 Cf., NETO, Adolfo Braga. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. *Op. Cit.*, p.65-67.

45 *Ibidem*, p. 66-68.

46 SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. Cit.*, p.43.

47 *Ibidem*, p. 70-75.

A mencionada técnica de escuta ativa, tanto quanto anotações e uso de paráfrase, integram a chamada “mediação transformativa”⁴⁸ que visa ao empoderamento das partes, ensejador de mudanças comportamentais, pois elas conquistam a percepção de que são aptas a identificarem as causas da lide e solucioná-las, ainda que seja necessária interferência do mediador até que se alcance esse fim. Nesse sentido, afirma Jean François Six (2001, p. 191 *apud* MORAIS e MARION, 2008, p. 148) que a mediação consiste em:

Técnica mediante a qual são as partes mesmas imersas no conflito quem tratam de chegar a um acordo com a ajuda do mediador, terceiro imparcial que não tem faculdades de decisão.⁴⁹

De acordo com o modelo transformativo, a fim de que as técnicas aplicadas obtenham êxito, é imprescindível que as partes compreendam o caráter basilar do método a que são submetidas, e, a partir de verdadeiro diálogo bilateral, tornem-se pessoas mais solidárias e favoráveis ao consenso, potencialmente satisfativo a todos os participantes.

Uma vez obtido acordo satisfatório, os conflitantes se deparam com situação de vantagem para ambos, circunstância em que o binômio “perde-ganha”, comum nos litígios judiciais, é substituído pelo “ganha-ganha”. Ressalta-se que a solução consensual do conflito mediante ajuste de vontades não é o único objetivo da mediação e também da conciliação.

Da aplicação dos métodos consensuais é esperado, sobretudo, além da solução, os escopos sublimes de prevenção da má administração dos conflitos, inclusão social e pacificação social⁵⁰.

Neste diapasão, incorporada a essência substancial da mediação no âmago das partes, elas podem se comportar de modo que impeçam o surgimento de novos conflitos, e ainda que estes ocorram, saberão como administrá-los corretamente. Por conseguinte, ao tomarem atitudes concretas frente às causas da lide, os conflitantes se percebem importantes no processo mediativo, de sorte que a consequência deste trabalho também é a inclusão do indivíduo perante a sociedade.⁵¹

Além de estimular o exercício da cidadania, o emprego da mediação corrobora para com o surgimento da paz social. Predomina a paz não apenas quando o índice de criminalidade é reduzido, mas “quando se busca o diálogo; quando se possibilita a discussão sobre direitos e deveres e sobre responsabilidade social; quando se substitui a competição pela cooperação”.⁵²

48 *Ibidem*, p. 81-82.

49 MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Op. Cit.*, p. 148.

50 Cf., SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. Cit.*, p.33-39.

51 *Ibidem*, p. 36-37.

52 *Ibidem*, p. 38.

Portanto, conciliação e mediação são métodos alternativos de resolução de conflitos, cada qual com peculiaridades e fins específicos, adequados ao atendimento de interesses dessemelhantes. Contudo, ainda que diverso o contexto em que presentes, ambos visam a real solução do litígio, capaz de extinguir a animosidade entre as partes e proporcionar a pacificação social.

5 O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA E A PACIFICAÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS CONFLITOS

Neste cenário de transição da cultura de litígio para cultura de pacificação social, o advogado exerce função primordial, haja vista ser o primeiro a verificar a existência de um litígio instaurado por ocasião da visita do cliente ao seu escritório, pois “é o primeiro juiz da causa; afinal, ele é o primeiro a ouvir o cliente tecnicamente de sorte a poder perceber as possibilidades e os limites do ordenamento e das instituições jurídicas”.⁵³

Ante a formação acadêmica pautada no modelo contencioso, somada à animosidade trazida pela parte que lhe consulta, o advogado mormente propõe a solução processual litigiosa para os problemas jurídicos, por vezes sem ao menos cogitar a hipótese de resolução mediante vias consensuais.

Tal postura combativa do advogado é nociva à eficácia dos meios alternativos. Como é sabido, as partes podem participar de audiência de conciliação ou mediação prévia realizada nos Centros Judiciários acompanhadas de advogado, assim como comparecerem às audiências nas varas judiciais. Entretanto, o advogado litigante adota em ambas as circunstâncias o mesmo comportamento, conduta que atrapalha a efetividade da tentativa de conciliação ou mediação, pois nessas ocasiões são exigidas posturas bem distintas das assumidas na seara litigiosa.

A fim de que seu patrocínio em causas que potencialmente podem ser solucionadas mediante aplicação das equivalentes jurisdicionais seja proveitoso, incumbe ao advogado, de início, o preparo do cliente à sessão. Para tanto, além de garantir que o cliente saiba dos benefícios e dos trâmites inerentes ao procedimento, é preciso que o advogado tenha ciência do genuíno interesse almejado, o qual pode apenas estar encoberto pelo valor pecuniário, quando a real intenção está consubstanciada em valores de ordem moral e psicossocial⁵⁴.

O conhecimento acerca dessa matéria tem notória importância no cenário do

53 Cf., TARTUCE, Fernanda. *Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos*. Em: João José Custódio da Silveira; José Roberto Neves Amorim. (Org.). **A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, v. 1, p. 125-146. Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 13.03.2017.

54 *Ibidem*, p. 7.

desenlace frutífero, pois uma vez sabido os interesses, discerne-se o conflito real do aparente, de modo que é possível o descobrimento das causas que geraram a lide, facilitando os trabalhos tanto do advogado, quanto do mediador, e conduzindo a pacificação para mais perto dos conflitantes.⁵⁵

Ademais, cabe ao advogado a suposição de eventuais questionamentos que podem ser feitos na sessão, e traçar juntamente com o mandante os patamares que o proveito econômico pode atingir com o intuito de que a quantia monetária não se torne um entrave a formalização de acordo. Informado das necessidades do cliente por meio de diálogo franco, o patrono ganha a confiança daquele, de maneira que lhe propicia amparo jurídico e a segurança de que possíveis ofertas da outra parte serão lícitas e adequadas à solução do infortúnio por elas vivenciado.

Desse modo, para que a cultura de pacificação seja amplificada expressivamente no âmbito jurídico, assim como o Juiz deve incentivar as práticas consensuais, em cumprimento as novas diretrizes processualísticas, o advogado também deve assumir o compromisso com o desenvolvimento prático do modelo autocompositivo, visto que o objetivo de sua contratação não é a propositura de demanda, mas sim o encontro de uma resposta ao problema apresentado.

É substancial, ante as circunstâncias em que o ordenamento jurídico se encontra, abarrotado de lides, a adoção de práticas alternativas vantajosas, haja vista a própria função do advogado como operador do direito. Esse viés se tornou marcante ao estabelecer expressamente o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) que os advogados têm o dever de estimular a solução consensual dos conflitos, assim como o Estado a promoverá sempre que possível (artigo 3º, § 2º e § 3º).

Consonante com as disposições processuais, o novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (Resolução 2/2015, artigo 2º, VI) apresenta como dever da classe a prevenção de instauração de litígios sempre que possível, mediante estímulo ao desenvolvimento da conciliação e mediação a qualquer tempo.

Diante desse cenário processual contemporâneo, é preciso que os patronos assumam uma nova postura cotidiana, menos combativa, mais colaborativa.

Para tanto, precisam também superar os entraves à consolidação dos métodos, qual seja, o receio de perder os honorários e, até mesmo, o controle sobre o litígio, conforme pondera Leonardo Riskin (1982, p. 42 *apud* ZAMBONI, 2016, p. 87).⁵⁶ De acordo com os

55 Cf., SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. Cit.*, p.25-26.

56 Cf., ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *Op. Cit.*, p. 87.

ensinamentos de Riskin (1982, p.43 *apud* ZAMBONI, 2016, p. 88), o fato de os advogados não atuarem por meio das vias alternativas se explica por três motivos “a forma como os advogados, como advogados, veem o mundo; a economia e a estrutura da prática jurídica contemporânea; e a falta de treinamento dos advogados em mediação”.⁵⁷

A visão jurídica do advogado está centrada no modelo tradicional, de maneira que adentrar no novo modelo consensual significa imergir em um âmbito pouco conhecido, no qual o próprio advogado não tem convicção de que sua atuação profissional obterá êxito. Por isso, é mais cômodo permanecer na esfera judicial, sem que seja necessário assumir os riscos de um novo procedimento. O motivo econômico citado por Riskin⁵⁸, harmoniza-se com as considerações lecionadas por Wayne Brazil (1991, p.122-124 *apud* GABBAY, 2011, p.84)⁵⁹, no sentido de que o advogado tem receio de auferir menor quantia a título de honorários ou de ser necessária a modificação da forma de cobrança.

É nesse cenário, em que se visa à pacificação social e o acesso à justiça, que a capacitação do advogado assume importância relevante. Sales e Chaves explicam a necessidade dessa capacitação:

Os profissionais da área do Direito possuem dificuldades em compreender o novo cenário exigido pela sociedade e apresentado pelos meios adequados ou consensuais de solução de conflitos. Cenário este que apresenta o diálogo como principal ferramenta na solução do problema, que possui como base a cooperação, o ganha-ganha, a escuta-ativa, a participação ativa e poder de decisão das pessoas envolvidas. Há assim um choque de realidades. De um lado a formação normativa, autoritária, não dialogada, adversarial e litigiosa; de outro uma proposta que requer uma formação interdisciplinar, que fortalece as pessoas na solução do conflito, aposta no diálogo e que incentiva a cooperação e a ressignificação dos conflitos.⁶⁰

Essa dificuldade de adaptação está atrelada à formação jurídica conservadora, pois as universidades preparam os acadêmicos para serem advogados litigantes, acostumados a tomarem à dianteira, representando efetivamente as partes. Diferentemente, com o advento dos meios alternativos de resolução de conflitos, os advogados devem prestar auxílio ao cliente no tocante sua própria participação, a fim de que as partes deixem a posição secundária e ganhem destaque no âmbito forense, na medida em que se sintam preparadas e bem assistidas para solucionarem as controvérsias.

Nessa conjectura, é indispensável que ocorra delegação de poder às partes. Contudo,

57 *Ibidem*, p. 88.

58 *Ibidem*, p.88.

59 Cf., GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflito. Dissertação (Mestrado em Direito)**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. p. 84.

60 SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. **Mediação e conciliação judicial – a importância da capacitação e de seus desafios**. Sequência (Florianópolis), n. 69, p. 258-259, dez. 2014.

é neste ponto que se vislumbra o “choque de realidade” mencionado por Sales e Chaves ⁶¹, pois os advogados estão acostumados ao protagonismo e, ante ao empoderamento das partes, será preciso que assumam posição coadjuvante⁶², com o propósito de permitir a consolidação dos meios alternativos, nos quais as partes é que ganham destaque, em busca da solução do conflito e alcance da paz social.

Para tanto, é essencial que a postura colaborativa do advogado como operador do direito seja incentivada e inserida na política pública de tratamento adequado dos conflitos, exercida pelo Poder Judiciário. Conforme esclarece Alex Alckmin de Abreu Montenegro Zamboni, a Resolução 125 do CNJ é direcionada a formação de mediadores e conciliadores, pouco abordando os aspectos que envolvem a formação jurídica de outros profissionais do direito, inclusive o advogado.⁶³

Nesse ínterim, o autor ressalta que a atividade dos terceiros pode ser prejudicada pela postura adversarial assumida pelos advogados nas sessões de conciliação e mediação⁶⁴, sendo este mais um estímulo à capacitação desses profissionais, a qual pode ser alcançada gradativamente pela implantação das equivalentes jurisdicionais na grade curricular das universidades de Direito do país.

É de suma importância que o advogado seja capacitado para atuar na seara autocompositiva, visto que exerce grande influência na escolha do método pelo cliente, pois, conforme já mencionado, é quem primeiro vislumbra a problemática e apresenta as possibilidades de formas de resolução à parte que lhe procura.

As partes e seus patronos devem estar convictos da escolha pelo método alternativo, a fim de que não se desvirtue o propósito consensual ante o caráter combativo estimulado pelo próprio contraditório presente no processo Judicial, pois este instiga nas partes “o dever de litigar e, por conseguinte, o dever de discordar”⁶⁵, entrave a quaisquer tentativas de estabelecimento de diálogos efetivos entre os sujeitos do processo

Segundo Eleonora Coelho, são três os elementos necessários para o desenvolvimento dos meios alternativos de resolução de conflitos no Brasil, quais sejam, a lei, a mudança de mentalidade e o apoio do Judiciário⁶⁶. A implementação do ensino das equivalentes

61 Cf., SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. *Op. Cit.*, p. 258-259.

62 Cf., BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; FILPO, Klever Paulo Leal. **Entre a cooperação e o combate: o papel do advogado na mediação, em perspectiva comparada (Rio de Janeiro e Buenos Aires)**. XXV Encontro Nacional do Conpedi - Formas consensuais de solução de conflitos. Brasília, 2016. p. 229.

63 Cf., ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *Op. Cit.*, p.101.

64 *Ibidem*, p. 101-102.

65 Cf., BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; FILPO, Klever Paulo Leal. *Op. Cit.*, p. 232.

66 Cf., COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil. Em: Rocha, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coords.). **Arbitragem e a mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015. p.124.

jurisdicionais se adequam ao segundo elemento, pois é a partir da formação jurídica básica que a mudança de mentalidade tem chances de se iniciar, tendo em conta o papel relevante dos advogados na efetividade dos meios alternativos conforme exposto. Quanto a lei, o Novo Código de Processo Civil trouxe inovações ao prever a necessidade do autor se manifestar sua vontade acerca da realização de audiência de conciliação prévia (art.319, VII CPC), mas ainda é preciso que ocorra avanço no tocante a inclusão do advogado na política adequada no tratamento de conflitos, adotada pelo CNJ desde a edição da Resolução 125.

Portanto, é imperioso o estímulo ao desenvolvimento dos meios alternativos no âmbito acadêmico, pois é indispensável que o advogado renuncie a prevalência da postura beligerante em favor da conduta pacificadora, direcionando as partes à consolidação das práticas consensuais e, conseqüentemente, possibilite a autêntica inserção das equivalentes jurisdicionais no ordenamento jurídico.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, foi demonstrada a crise assola o sistema judiciário, ocasionada pelos esforços rumo à universalidade da jurisdição e a ineficiência dos procedimentos adotados pelo Estado na prestação jurisdicional. Com o intuito de solucionar o problema, quantitativamente analisado, concluiu-se que a mediação e a conciliação são as medidas mais efetivas para tanto, pois buscam o empoderamento das partes, a fim de que se tornem capazes de perceber a causa da litigiosidade por si próprias, descoberta essa que traz a solução pelos próprios envolvidos, e, conseqüentemente, a paz social.

Diante do contexto acima, restou evidenciada a função primordial do advogado como operador do direito, capaz de proporcionar o início da consolidação dos métodos alternativos e maximizar seus efeitos, pois é quem tem o primeiro contato com a lide, quem pode expor as vantagens da conciliação e da mediação ao cliente, com o propósito de atendimento dos reais interesses, visando aos benefícios da autocomposição, em detrimento da decisão imposta pelo magistrado.

Nesse sentido, dentre os pontos principais, tem-se a formação acadêmica, preponderantemente voltada à advocacia adversarial e litigiosa, como eixo de sustentação da postura combativa assumida pela maioria dos advogados. Desse modo, a modificação do ensino acadêmico consiste em medida necessária para o avanço da cultura de pacificação, a fim de que os futuros profissionais possam mais facilmente aderir à aplicação das vias conciliativas, com consciência de seu papel nesse contexto, o que se concluiu fundamental à superação da crise.

Destaca-se a conclusão de que o advogado deve se adequar à posição secundária nas sessões conciliativas e mediativas, a fim de que as partes, protagonistas, sintam-se capazes de solucionar a lide, identifiquem a litigiosidade e alcancem a pacificação, sendo a redução quantitativa do número de ações em Juízo mera consequência.

Logo, concluiu-se que a aplicação da mediação e da conciliação é uma alternativa à crise, razão pela qual complementam e reduzem a sobrecarga da máquina judiciária. Ademais, concluiu-se que esses meios autocompositivos tendem a ser ainda mais eficazes que o método tradicional, porque estimulam as partes ponderarem seus interesses e superarem os obstáculos que as conduzem ao litígio. E, a fim de que possam desejar a submissão à tais métodos, incumbe ao advogado optar pelo caminho da pacificação social, oferecendo às partes estímulo para o conhecimento dos equivalentes jurisdicionais, de maneira que assim, progressivamente, o sistema judiciário brasileiro possa transpor a crise e obter a verdadeira solução para as lides sociais.

7 REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; FILPO, Klever Paulo Leal. **Entre a cooperação e o combate: o papel do advogado na mediação, em perspectiva comparada (Rio de Janeiro e Buenos Aires)**. XXV Encontro Nacional do Conpedi - Formas consensuais de solução de conflitos. Brasília, 2016.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Bras. Ellen Gracie NorthFleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.

COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil. Em: Rocha, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coords.). **Arbitragem e a mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário**. Brasília, 2005. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 08 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário**. Brasília, 2009. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 08 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário**. Brasília, 2013. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 08 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário**. Brasília, 2014. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 08 abr. 2017.

justica-em-numeros>. Acesso em: 08 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário**. Brasília, 2016. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 08 abr. 2017.

DEMARCHI, Juliana. Técnicas de Conciliação e Mediação. Em: NETO, Adolfo Braga et al. **Mediação e gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional**. GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; NETO, C. L. (Coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2001.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflito. Dissertação (Mestrado em Direito)**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais multiportas: pela efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos**. Curitiba: Juruá, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça conciliativa. Revista Escola Nacional da Magistratura**. v.2, n. 5, abr. 2008.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. A resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para implantação concreta. Em: **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Coordenadores: Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso; colaboradores Ada Pellegrini Grinover ... [et. al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação no judiciário: teoria na prática e prática na teoria**. Coordenação: Claudia F. Grosman, Helena G. Mandelbaum. 1. ed. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NETO, Adolfo Braga. Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. Em: NETO, Adolfo Braga et al. **Mediação e gerenciamento do processo – revolução na prestação Jurisdicional**. GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; NETO, C. L. (Coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – volume único**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação dos conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SALES, Lília Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. **Mediação e conciliação judicial – a importância da capacitação e de seus desafios**. Sequência (Florianópolis), n. 69, p. 258-259, dez. 2014.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Acesso à justiça e mediação: ponderações sobre os obstáculos à efetivação de uma via alternativa de solução de conflitos**. Dissertação (Mestrado em Direito). Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, 2008.

TARTUCE, Fernanda. Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos. Em: João José Custódio da Silveira; José Roberto Neves Amorim. (Org.). **A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o conselho nacional de justiça**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, v. 1, p. 125-146. Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 13.03.2017.

VARGAS, Sarah Merçon. **Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. Em: NETO, Adolfo Braga et al. **Mediação e gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional**. GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; NETO, C. L. (Coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WATANABE, Kazuo. A Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento adequados dos conflitos de interesse. Em: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. WATANABE, K.; GRINOVER, A. P. (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. **O ensino jurídico e o tratamento dos conflitos: o impacto da Resolução n. 125 sobre os cursos de direito**. Dissertação (Mestrado em Direito). Versão corrigida. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

A DIMENSÃO SUBSTANCIAL DO CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO À DECISÃO-SURPRESA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Natália Felipini FERREIRA¹
Gilberto Notário LIGERO²

RESUMO

O presente artigo visa a analisar o princípio do contraditório por meio de um breve histórico e um estudo de suas dimensões formal e substancial para que o tema vedação à decisão-surpresa presente no Código de Processo Civil seja compreendido. Além disso, tendo como base o contraditório será possível entender que o que se tem buscado é um processo mais democrático, ou seja, fazer com que o processo tenha ainda mais a participação das partes como forma de influenciar na decisão a ser proferida pelo órgão julgador. Com isso, as informações trazidas pelos litigantes devem ser apreciadas pelo juiz e este não poderá proferir decisões que surpreendam as partes, no sentido destas não terem tido a oportunidade de se defender, mesmo que seja referente a uma matéria que o magistrado deve decidir de ofício. O artigo também abordará as exceções à vedação da decisão surpresa, como, por exemplo, a tutela provisória de urgência, as hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311 em seus incisos II e III, e a decisão prevista no art. 701. Além disso, trará exposições a respeito do princípio da cooperação, observando a necessidade de um processo cooperativo, em que a atuação em conjunto das partes junto ao magistrado proporcione um resultado mais efetivo de suas pretensões, proporcionando assim mais celeridade, boa-fé e conseqüentemente a diminuição na interposição de recursos.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio do contraditório. Dimensão. Substancial. Vedação. Decisão-Surpresa. CPC. Princípio da cooperação.

ABSTRACT

The presente article aims to analyze the adversary system by means of a brief description and a study of their dimensions formal and substantial so the theme impediment os surprise decision presente in the civil process code be understood. Besides that, based on contradictory will be possible understand that what have been looking for is a more democratic process, in other words, makes the process have even more participation of the parts, as a way to influence in the decision to ber rendered by the judge. Thereby, the informations brought by the litigants must be appreciated by the judge and the judge not be able to deliver decisions which are surprisins to the parts, in the sense that they did not have the opportunity to defend themselves, even if it refers to a matter that the magistrate must decide of office. The article will also explain the exceptions of the impediment os surprise decisions, for example, the provisional tutelage of urgency, the hypotheses of evidence of tutelage foreseen in article 311 and your subsections II and III, and the decision foresee in the article 701. Besides that, it will make presentations about the principle of cooperation, noting the need of a cooperative process, that the joint action of the parties with the magistrate provides a more effective resultado of their claims, providing more speed, good Faith and consequently the reduction in the interposition of resources.

1 Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: natalia.felipini@hotmail.com - Bolsista do Programa de Iniciação Científica.

2 Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Coordenador do Grupo de Iniciação Científica do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UEL/PR. E-mail: gilberto_ligero@toledoprudente.edu.br. Orientador do trabalho.

KEY-WORDS: Adversary system. Substantial. dimension. Impediment. Surprise decision. Civil process code. Principle of cooperation.

1 INTRODUÇÃO

O princípio do contraditório não possui uma origem determinada, mas ele pode ser encontrado no Código de Manu e na Lei das XII Tábuas.

O Código de Manu teve sua publicação datada entre 1.300 e 800 a.C. na Índia. Ele faz menção ao princípio do contraditório em seu artigo 47 do Livro VIII, II onde está previsto que “os litigantes devem produzir nos processos”, vale ressaltar que não está expresso que se trata do princípio ora mencionado, porém podemos compreender que se trata de um dos dispositivos que deu ensejo ao surgimento do contraditório, possibilitando que as partes tivessem uma participação efetiva nos processos e pudessem se manifestar.

A Lei das XII Tábuas data do ano de 451 a.C. Esta teve sua redação definida por 10 membros, os Decênviros, marcando a era da República Romana. Na primeira tábua está previsto que “o pretor deve ouvir às partes pela manhã até ao meio dia, deixando-as produzirem suas provas.” Diante disso, o pretor, ou seja, o magistrado teria informações suficientes para formular sua sentença. Isso nos remete novamente a ideia do Princípio do Contraditório, fazendo com que sejam definidas suas origens históricas.³

O princípio do contraditório foi trazido pela Constituição Federal de 1988, tendo forte ligação com o Estado Democrático de Direito, pois impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência, permitindo que as partes sejam capazes de influenciar na formação da decisão do órgão jurisdicional. Sua previsão está no artigo 5º, inciso LV⁴.

O artigo 5º da Constituição Federal elenca dispositivos que são denominados como Direitos Fundamentais, ou seja, direitos intangíveis, os quais devem ser respeitados e utilizados como norteadores das relações processuais. Sendo assim, o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício

3 SIQUEIRA, Cleberson Rodrigo Rocha. **Análise zetética do princípio do contraditório**. 2005. 55f. Monografia Graduação (Bacharel em Direito) - Faculdades Integradas 'Antônio Eufrásio de Toledo', Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2005 Disponível em: http://biblioteca.unitoledo.br/pergamum/img/img_per/000045/0000453D.pdf p.15-16

4 “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

democrático de um poder.⁵

Com isso, podemos compreender o forte impacto do princípio do contraditório perante a sociedade, pois se trata de um direito fundamental, sendo que um exemplo da aplicação do referido princípio está no Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105 de 16 de março de 2015, em seus artigos 9º e 10, ao tratar da vedação à decisão surpresa, conferindo às partes o direito de serem intimadas, para que assim possam se manifestar antes da decisão ser proferida pelo órgão julgador, tendo a capacidade de influenciá-la. Podemos assim compreender que diante da necessidade de um contraditório efetivo, o Novo Código de Processo Civil o positivou.

Nota-se que a positivação do contraditório no CPC/2015 foi um fator muito importante, especialmente para destacar a sua dimensão substancial.

2 AS DIMENSÕES DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: a garantia de participação (contraditório “participação”) e a garantia de influência na decisão (contraditório “influência”).

A garantia de participação é a dimensão formal do princípio do contraditório, trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado.

Por outro lado, a garantia de influência faz parte da sua dimensão substancial, a qual trata do fato de que não basta a parte ser ouvida, participar do processo ou ser comunicada, mas sim, de que as informações que ela traz ao processo tenham a capacidade de influenciar na decisão do órgão jurisdicional.

O princípio do contraditório ampara a vedação à decisão-surpresa, por meio de sua dimensão substancial, pois toda questão submetida a julgamento deve antes passar pelo contraditório, para que sejam analisadas da melhor forma as informações trazidas pelas partes com relação à questão a ser julgada.

O contraditório garante uma simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro desta estrutura.⁶

A dimensão substancial do contraditório, agora prevista no texto legal por meio do

5 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. p. 255-258. *apud* DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 81.

6 NUNES, Dierle [et. al.]. **Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015**. 2016, p.221.

Novo Código de Processo Civil, em seus artigos 7º, 9º e 10, faz referência ao ato de deixar para trás uma visão apenas formal que se satisfazia com a oitiva e ciência das partes com relação ao processo. Tendo como base o aspecto substancial, verifica-se uma valorização da participação dos litigantes no processo, sendo que seus posicionamentos a respeito da questão posta em juízo são capazes de influenciar no julgamento da causa, vedando-se a surpresa decisória, ou seja, são vedadas as decisões com fundamentos que não tenham passado pelo crivo do contraditório.

A dimensão substancial do contraditório é o fundamento para que se considere como fundamental o direito a ser acompanhado por um advogado. O acompanhamento técnico é importantíssimo, ao menos como regra, para a efetivação do direito ao contraditório. Compõe, por isso mesmo, o conteúdo mínimo do princípio do devido processo legal⁷.

Ao se pensar o sistema processual, torna-se imperativa a criação de mecanismos de fiscalidade ao exercício dos micropoderes exercidos ao longo do iter processual, além da criação de espaços de interação (participação), que viabilizem consensos procedimentais aptos a tornar viável, no ambiente real do debate processual, a prolação de provimentos que representem o exercício do poder participado, com atuação e influência de todos os envolvidos.⁸

O conceito tradicional de contraditório é fundado no binômio “informação + possibilidade de reação” e garantia tão somente no aspecto formal a observação desse princípio. Para que seja substancialmente respeitado, não basta informar e permitir a reação, mas exigir que essa reação no caso concreto tenha real poder de influenciar o juiz na formação de seu convencimento. O “poder de influência” passa a ser, portanto, o terceiro elemento do contraditório, tão essencial quanto os elementos da informação e da reação.⁹

Pode-se afirmar que a dimensão substancial do contraditório no Código de Processo Civil garante poder de influência às partes na formação do convencimento do juiz, fazendo com que assim não ocorra as chamadas decisões-surpresa.

3 A VEDAÇÃO À DECISÃO-SURPRESA E SUA PREVISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

7 DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.83.

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto [et. al.]. **NCPC: fundamentos e sistematização**. p.89 *apud* KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema recursal CPC 2015**. Salvador. Juspodivm, 2016.

9 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume único**. 8. Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.116-117.

No Código de Processo Civil de 1973 não havia a previsão da vedação à decisão-surpresa, tendo sido inserida no nosso ordenamento por meio do artigo 10 do NCPC¹⁰.

Diante disso, é preciso compreender que sempre foi lícito ao juiz tomar suas próprias decisões, fundamentando-as com base no seu conhecimento, porém, com o advento do Novo Código de Processo Civil, veda-se a chamada “decisão-surpresa”, pois é imposto ao julgador o dever de informar às partes sobre as iniciativas que pretende exercer, de modo a lhes permitir um espaço de discussão em contraditório, devendo haver a expansão e a institucionalização do dever de esclarecimento judicial a cada etapa do procedimento, inviabilizando julgamentos surpresa.¹¹

A proibição de haver a decisão-surpresa decorre do princípio do contraditório, conferindo ao juiz o poder-dever de ouvir as partes antes de tomar suas próprias decisões.

No Código de Processo Civil de 1973, matérias de ordem pública podiam ser conhecidas de ofício pelo juiz, ou seja, ele não precisava “ser provocado” e também não havia a necessidade de avisar as partes sobre o fato de conhecer matérias de ordem pública. No entanto, com este novo dispositivo, a partir do momento em que se instaura a relação jurídica processual, o juiz poderá conhecer as matérias de ordem pública também de ofício, porém, devendo sempre preservar o princípio do contraditório, oportunizando manifestação das partes. Em outras palavras, não poderá mais decidir de ofício matérias de ordem pública sem antes apresentar sua decisão às partes para que elas possam apresentar suas alegações, caso contrário isso ocasiona o efeito surpresa e enseja nulidade.

A oportunidade de oitiva dada às partes faz com que a decisão-surpresa seja evitada, sob pena de restar ferida, principalmente, a dimensão substancial do contraditório.

É necessário compreender que o contraditório não incide sobre os poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo que o juiz seja um garantidor da aplicação do princípio do contraditório, pois o primeiro compromisso de todos os agentes do Estado é para com a Constituição Federal. Uma decisão não está fundamentada se não observa aquilo que é a substância do processo.

Nota-se que os poderes do juiz no processo não são absolutos, devido a sua falibilidade e o fato de que a presença de um debate oportuniza decisões mais fundamentadas e as partes podem até ser avisadas por fatos que passariam despercebidos por elas, fazendo com que possam apresentar suas posições.

10 O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

11 NUNES, Dierle [et. al.]. **Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015**. 2016, p.231.

O contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa, sendo que a decisão-surpresa é nula, pelo fato de violar o princípio em voga.

As partes vêm ao processo com a pretensão de obter um determinado resultado e têm o direito de participar da produção deste. O juiz não deve agir como o senhor da causa, mas sim, ser aquele que zela pelo efetivo contraditório como está previsto no artigo 7º do Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015¹².

Conforme a redação do referido dispositivo, sua parte final traz o dever do magistrado zelar pelo efetivo contraditório. Além disso, o artigo 139, inciso I do Código de Processo Civil¹³ reforça o dever do juiz de além de zelar pelo contraditório, também conferir às partes igualdade de tratamento, refletindo o princípio da igualdade processual.

Desta igualdade, podemos extrair a paridade de armas, a qual demonstra ser um elemento fundamental do contraditório, pois a igualdade de condições permite que as partes tenham as mesmas garantias e oportunidades de defesa, além disso, podemos notar a reciprocidade que o agir de um litigante reflete no outro, respeitando as diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo. Em suma, é preciso que as partes possam exercer o contraditório em condições iguais.¹⁴

O magistrado deve propiciar um ambiente em que haja a participação das partes, não devendo se esquecer de manter sua imparcialidade e de que é um destinatário do contraditório, devendo efetivar o seu exercício. As partes devem ajudar na construção do fato e do direito, não devendo ser tomado como algo “particular” do julgador.

Com o impedimento das surpresas processuais, conquista-se mais celeridade processual, pelo fato de que ocorre a diminuição da atividade recursal, pois quem é surpreendido processualmente através de uma decisão, busca através do recurso uma maneira de reformá-la.

Quando não há surpresa para as partes e se constata a influência do contraditório na relação processual, isso gera menos recursos, pois as partes possuem conhecimento a respeito dos fatos presentes no processo e a respeito dos debates.

4 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

12 É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, **competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.** (grifo nosso)

13 O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I-assegurar às partes igualdade de tratamento.

14 DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 18. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.87.

Relevante, também, para o estudo em foco, o denominado princípio da cooperação, no qual o juiz não deve agir solitariamente, deve compreender que precisa das partes, da mesma forma, as partes devem compreender que precisam umas das outras e ambas precisam do julgador. Desta forma, o artigo 6º do Novo Código de Processo Civil prevê o princípio da cooperação¹⁵

Mesmo que o autor e o réu sejam partes opostas na relação processual, devem agir cooperativamente, ou seja, devem ajudar na produção de provas, devem trazer ao processo informações relevantes para um futuro julgamento, pois, desta forma, estarão cooperando com o julgador.

O princípio da cooperação tem como base os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório. O processo há de ser cooperativo e um instrumento que deve produzir efeitos por meio da participação das partes quando se valem do contraditório.

Como assevera Fredie Didier Jr, a cooperação é uma forma de concretização do contraditório.¹⁶

Quando os sujeitos processuais atuam cooperativamente, não devem se esquecer de que devem agir com boa-fé, para garantir que a decisão seja justa e eficaz.

A interação entre os sujeitos processuais, por meio do diálogo sobre todos os atos e fatos componentes do processo, tem o condão de ampliar o quadro de análise, reduzir consideravelmente o risco de opiniões preconcebidas e beneficiar a construção de um juízo ponderado, transparente e aberto. Nesse plexo de inovações, o contraditório passa a ser a plataforma de sustentação de um modelo cooperativo de processo. Passa a ter estatura constitucional, sendo fundamental para a concretização do processo justo e equitativo.¹⁷

Nos dizeres de Daniel Mitidiero, compreendemos que o processo é necessariamente um procedimento em contraditório adequado aos fins do Estado Constitucional, reclamando para sua caracterização a estruturação de um formalismo que proponha um debate leal entre todas as pessoas que nele tomam parte.¹⁸

O material recolhido ao longo do processo faz com que o juiz e as partes debatam a respeito dos fatos e do direito, efetivando o contraditório, pois tudo aquilo que foi colocado em debate terá a capacidade de influenciar na decisão da causa.

A máxima do “*iura novit curia*”, ou seja, “o juiz conhece o direito”, recebe uma nova

15 Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

16 DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 12ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2010, vol. I, p. 81-82

17 FILHO, Eduardo Augusto Madruga de Figueiredo; MOUZALAS, Rinaldo. **Cooperação e vedação às decisões por emboscada (“ambush decision”)**. 2015. p.372.

18 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª. Ed. São Paulo. RT, 2011. p. 149

conformação prática, pois o contraditório afeta o modo e o tempo adequados do exercício desse poder-dever. A concretização do princípio da cooperação acarreta um redimensionamento da máxima “*iura novit curia*”, a fazer com que o juiz consulte previamente as partes e colha suas manifestações a respeito da questão, antes de aplicar a norma jurídica construída ao caso concreto. Nesse ponto, a trilateralidade da decisão é fundamental para torná-la legítima.¹⁹

O ato de colaborar processualmente gera reflexos na solução da lide, pois o diálogo proporciona maior segurança na decisão. Com isso, evita-se um monólogo processual, o qual prejudica a feição democrática do processo, que deve ser cooperativo.²⁰

A cooperação reflete no julgador no sentido de que este deve fundamentar suas decisões para que no momento em que as partes tenham contato com elas, possam sentir que foram devidamente ouvidas.

Com isso, podemos compreender que o contraditório e o dever de fundamentação das decisões devem caminhar juntos, proporcionando aos integrantes da relação processual um processo justo.

Uma decisão só será completa se possuir a atividade das partes e suas alegações com o fim de convencer o órgão jurisdicional de suas posições jurídicas.²¹

Por fim, é fundamental que os pontos de vista apresentados pelas partes sejam reconhecidos e o órgão julgador os utilize para fundamentar suas decisões, fazendo com que o princípio da cooperação seja devidamente aplicado, pois só assim haverá um processo em que a colaboração se faz presente para que ocorra uma solução do caso concreto de forma justa.

5 EXCEÇÕES DA VEDAÇÃO À DECISÃO-SURPRESA

As exceções à vedação da decisão-surpresa estão presentes no artigo 9º do Código de Processo Civil²².

Os artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil atuam conjuntamente, pois ao analisá-los compreendemos a regra e as exceções.

O inciso I traz à baila a tutela provisória de urgência, a qual se trata de um caso em

19 FILHO, Eduardo Augusto Madruga de Figueiredo; MOUZALAS, Rinaldo. **Cooperação e vedação às decisões por emboscada (“ambush decision”)**. 2015. p.376.

20 MITIDIERO, Daniel. Ob, cit., p. 152 -153

21 MITIDIERO, Daniel. Ob, cit p. 154

22 Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

que o contraditório pode ser realizado posteriormente – contraditório diferido - pelo fato de demonstrar que além do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, há o risco de frustração da tutela jurisdicional. Desta forma, nos casos em que há situação de risco e pode haver a demora processual, pode-se conceder a tutela provisória de urgência, sendo que, neste caso não é aplicada a vedação à surpresa decisória, em razão da situação de urgência, evitando assim um dano iminente.

Na lição de José Miguel Garcia Medina²³:

Autoriza-se a concessão de providência jurisdicional liminarmente, embora não ouvido o réu ou o executado (*inaudita altera parte*), e se sua prévia ciência puder comprometer, tornar inócua ou ineficaz a medida pleiteada. Tais circunstâncias, contudo, são *extremadas*. Impõe ao magistrado, como regra, observar contraditório somente diferindo-o para momento posterior em circunstâncias excepcionais, a fim de que não se frustre a plena realização da tutela jurisdicional.

Além disso, não há violação do contraditório, pois há uma ponderação legislativa entre o contraditório e a efetividade, a prevalecer este no primeiro momento, enquanto aquele é postergado. Há, então, a postecipação do contraditório, que poderá ser exercido em momento seguinte ao da concessão da medida liminar, a possibilitar, inclusive, que a decisão provisória emitida seja modificada.²⁴

O inciso II trata das hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, em seus incisos II e III²⁵.

A tutela da evidência é uma espécie de tutela provisória diferente da tutela de urgência, pois pode ser concedida independente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional.

Os incisos II e III do artigo supra tratam a respeito da tutela provisória de evidência documentada, sendo que no inciso II está a tutela de evidência documentada fundada em precedente obrigatório, a qual não tem como requisito a demonstração do fato necessitar de outra prova, bastando a existência da prova documental para que seja demonstrado. Este inciso também nos remete às orientações jurisprudenciais, sendo que, nelas devem constar um entendimento uniforme a respeito do caso que se está tratando. Já no inciso III, está a tutela de evidência documentada de contrato de depósito, a qual demonstra ser evidente o direito do autor em receber de volta o objeto que depositou, pelo fato de possuir prova documental que

23 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73** – São Paulo: RT, 2015. p.60

24 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador. Juspodvim, 2015, vol.1, p. 83.

25 A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

comprove o contrato de depósito que realizou.

O inciso III do art. 9º refere-se à decisão prevista no art. 701, a qual está inserida no capítulo XI do Novo Código de Processo Civil²⁶

O artigo antecedente trata a respeito de uma decisão proferida pelo juiz diante do caso de ser evidente o direito do autor. Trata-se de ação monitória, a qual é definida por Daniel Amorim Assumpção Neves:

Trata-se, portanto, de uma espécie de tutela diferenciada, que por meio da adoção de técnica de cognição sumária (para a concessão do mandado monitório) e do contraditório diferido (permitindo a prolação de decisão antes da oitiva do réu), busca facilitar em termos procedimentais a obtenção de um título executivo quando o credor tiver prova suficiente para convencer o juiz, em cognição não exauriente, da provável existência de seu direito.²⁷

Compreende-se então que não há um título executivo, mas há um documento idôneo que evidencie que certa pessoa deve uma obrigação de entrega de coisa ou uma obrigação de fazer ou de não fazer. Desta forma, o juiz defere a expedição de mandado de pagamento, oportunizando o pagamento voluntário ou a oposição de embargos à ação monitória nos termos do art.702.

O direito é tão evidente que não cabe decisão-surpresa, então o juiz defere a expedição de mandado de pagamento.

Todas as hipóteses de exceção apresentadas buscam a duração razoável do processo, ou seja, desejam maior celeridade nas decisões, desta forma, não há motivo de aplicar a vedação à decisão-surpresa, pelo fato de serem casos em que não há a necessidade de ouvir previamente uma das partes, pois está evidente o seu dever de responder pelo fato. Também, tratam-se de casos que precisam de uma decisão mais célere, desta forma, o juiz poderá proferir decisão contra uma das partes, mesmo que ela não tenha sido ouvida anteriormente, sendo que esta não poderá alegar surpresa decisória.

6 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, nota-se que não há um marco oficial da origem do princípio do contraditório, porém, o Código de Manú e a Lei das XII Tábuas trazem dispositivos que alicerçam o surgimento do referido princípio.

Na Constituição Federal de 1988 há a previsão do contraditório como direito fundamental, desta forma, revela-se a importância do respeito que deve ser dado ao referido

26 Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

27 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** – Volume único. 8. Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.923

princípio perante as relações processuais.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, – Lei 13.105/2015- o contraditório tem previsão no art.10 do aludido Código e deve ser um garantidor de efetiva influência processual por todas as partes envolvidas, como forma de evitar surpresas decisórias. Podemos compreender que foi adotada a dimensão substancial do contraditório, pelo fato das informações trazidas pelas partes ao processo possuírem a capacidade de modificar a decisão do julgador. Não basta a parte ser ouvida, ela deve ser capaz de influenciar na decisão judicial.

Para melhor explicitar a decisão-surpresa, impende trazer um exemplo prático: O juiz vislumbrou a hipótese de ocorrência de prescrição em um processo em curso, porém, nenhuma das partes havia ventilado a matéria nos autos, isto é, o autor não atestou a tempestividade da ação, e o réu, por sua vez, não usou como argumento de defesa. Nesse caso, apesar de se tratar de matéria de ordem pública, a qual pode ser decidida de ofício, o juiz deverá proferir um despacho oportunizando às partes a manifestarem sobre a suposta prescrição no processo, ou seja, por um lado, ao autor para apresentar alguma causa interruptiva ou suspensiva da prescrição e ao réu a se manifestar sobre elas.

Há exceções da vedação à decisão surpresa que estão previstas no art.9º do Novo Código de Processo Civil, sendo elas a tutela provisória de urgência, as hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, em seus incisos II e III e a decisão prevista no art. 701. Situações em que se demonstra evidente a necessidade de uma decisão mais célere para que o direito do autor seja atendido.

Conclui-se que o processo precisa ser cooperativo, ou seja, as partes e seu julgador devem cooperar entre si para melhor obtenção de um julgamento e ocasionar a desnecessidade de interposição de um recurso, pelo fato de que ao participar efetivamente da construção da decisão, a parte compreenderá o julgamento final.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**.

11.ed. – Salvador: Ed Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie [et al.]. **Normas Fundamentais** – Salvador: Jus Podivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada: volume 1 : parte geral**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER JR, Fredie [et al.]. **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório** – Salvador: Jus Podivm, 2016.

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS. **Vade Mecum**. 12.ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: RT, 2016.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema recursal CPC 2015**. Salvador. Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed., rev. e ampl. Sao Paulo: Malheiros, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73** – São Paulo: RT, 2015

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. Ed – São Paulo: RT, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** – Volume único. 8. Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

REZENDE, Fernando Augusto Chacha de. **Novo CPC fixa princípios da não surpresa e do contraditório substancial** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-12/principios-nao-surpresa-contraditorio-substancial-cpc>> Acesso em: 20/07/2016

SIQUEIRA, Cleberson Rodrigo Rocha. **Análise zetética do princípio do contraditório**. 2005. 55 f. Monografia Graduação (Bacharel em Direito) - Faculdades Integradas 'Antônio Eufrásio de Toledo', Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2005 Disponível em: <http://biblioteca.unitoledo.br/pergamum/img/img_per/000045/0000453D.pdf>. Acesso em: 08/07/2016

VASCONCELOS, Yago de Carvalho. **A regra da vedação à decisão-surpresa: artigo 10 do Novo CPC**. Disponível em:

<<http://yago1992.jusbrasil.com.br/artigos/305568674/a-regra-da-vedacao-a-decisao-surpresa-artigo-10-do-novo-cpc>>. Acesso em: 11/07/2016

ZUFELATO, Camilo. O princípio do contraditório no Projeto de Novo CPC. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-do-contraditorio-no-projeto-de-novo-cpc/12140>> Acesso em: 18/07/2016

ADPF 347: VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFICAZES

Beatriz Casagrande FORTUNATO¹

RESUMO

A arguição de preceito fundamental (ADPF) 347 trata acerca das péssimas condições dos presídios no Brasil, demonstrando que os encarcerados vivem em ambientes nos quais não há dignidade, respeito à sua integridade, e violação a outros direitos fundamentais, ao passo que o Poder Público se mostra inerte em modificar essa situação. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento da medida liminar pleiteada, o Estado de Coisas Inconstitucional do ambiente carcerário. Desta feita, em virtude da gravidade da situação, seus reflexos nos âmbitos social, econômico e político, e o total descumprimento dos direitos e garantias constitucionais, verifica-se a necessidade do aprimoramento, da criação e efetivação de políticas públicas de segurança, da prevenção do crime, bem como a ressocialização e reinserção social do ex-detento. Por essas razões, objetivou-se alertar sobre a ADPF 347 e o julgamento da medida liminar pelo Supremo, demonstrando a relevância, a importância e a necessidade de boas políticas públicas de segurança.

PALAVRAS-CHAVE: ADPF 347 – segurança pública – políticas públicas

ABSTRACT

The fundamental precept 347 is about the bad conditions of the prisons in Brazil, showing that prisoners live in places that there's no dignity, respect for their integrity, and violation of other of their human rights, while the Public Authorities seems inert about changing the situation. Therefore, the Brazilian Federal Supreme Court recognized the Unconstitutional State of Affairs of the prison places. Thus, due to the severity of the situation and their consequences in the social, economic and political context and the violation of human rights and constitutional guarantees, that it's necessary improve, create and implement public security policies, since the crime prevention as well as rehabilitation and social reintegration of the ex-prisoners. For these reasons, the aim was warn about the fundamental precept 347 and the judgment of the preliminary injunction by the Brazilian Federal Supreme Court, showing how significant, important and necessary are the public security policies.

KEY-WORDS: fundamental precept 347 – public security – public policies

1. INTRODUÇÃO

O controle concentrado de constitucionalidade é utilizado para garantir a Supremacia da Constituição Federal e a higidez do sistema jurídico perante a própria Constituição, a qual consiste na Carta Magna do país e é de observância obrigatória. Nesse sentido, cada ação do controle concentrado procura garantir a superioridade da Constituição frente a uma inconstitucionalidade, omissão legislativa, presunção de constitucionalidade, representação

1 Graduanda do 9º termo de Direito do Univem – Centro Universitário Eurípides de Marília; participa do programa de Iniciação Científica desta mesma IES; estagiária da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – Regional de Marília.

interventiva e pela garantia dos preceitos fundamentais.

Nesta esteira, a ADPF consiste em uma arguição de descumprimento de preceito fundamental diante de ato do Poder Público, eis que se trata de um instrumento subsidiário e que busca proteger os preceitos fundamentais resguardados na Constituição. O Supremo Tribunal Federal (STF), o qual detém a competência para o julgamento da ADPF, não definiu o que seriam preceitos fundamentais, posicionando-se, na maioria das vezes, pelo que eles não seriam. De forma singela, os preceitos fundamentais poderiam ser entendidos como as vigas mestras que sustentam a Constituição, seu núcleo básico e fundamental para a higidez do sistema jurídico. Outrossim, cabe ressaltar que as decisões proferidas em sede de controle concentrado possuem eficácia vinculante ao Poder Público, *erga omnes* (são válidas para todos) e efeitos retroativos.

A ADPF 347 representa não só uma discussão de higidez constitucional, mas também a realidade precária, indigna e aviltante existente nos presídios nacionais, e na segurança pública brasileira, situações essas urgentes e de manifesta inconstitucionalidade, que não recebem amparo governamental e social.

Por isso, a ADPF 347 transmite a necessidade de se tratar de segurança pública em âmbito social, político e jurídico, visto que o aumento da violência, da criminalidade e da reincidência criminal no país vem ocorrendo de forma assustadora e descontrolada.

De tal maneira que discutir de segurança pública implica em lidar com um direito e garantia social, cuja melhor alternativa para solução são as políticas públicas. Logo, a fim de elucidar a respeito da ADPF 347 e da segurança pública no Brasil, entendendo as políticas públicas como a melhor solução para este imenso problema, o presente artigo propõe uma análise, mediante o método hipotético dedutivo, e as técnicas de coleta de dados bibliográficos, documentais e via internet.

2. A ADPF 347 E O JULGAMENTO CAUTELAR PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A arguição de preceito fundamental (ADPF) número 347 foi proposta pelo Partido do Socialismo e Liberdade (PSOL), diante de uma representação feita pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), o objeto da ação é amplo, mas, em síntese, os pedidos se relacionam a determinação para a realização de audiências de custódia, ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional quanto ao sistema penitenciário brasileiro, ao não contingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), e a utilização das medidas cautelares alternativas à prisão

previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP).

Em sede de liminar, pleiteava-se que os juízes e tribunais explicassem os motivos da decretação ou manutenção das prisões provisórias e ao invés da utilização das medidas cautelares alternativas do artigo 319 do Código de Processo Penal; que os magistrados e tribunais, dentro de 24 horas da prisão em flagrante, realizassem audiências de custódia com os detidos; que os juízes e tribunais quando da aplicação das medidas cautelares, da pena e na execução, considerassem a situação do sistema penitenciário nacional; que os juízes da execução penal utilizem a proporcionalidade na sanção, avaliando os benefícios e direitos do preso em face de condições de cumprimento de pena mais graves do que os estabelecidos; que o juiz da execução passe a abater o período de pena cumprido em condições mais severas que as previstas no ordenamento jurídico; que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) coordene multirão carcerário nos processos de execução penal; e, que a União libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, deixando de realizar contingenciamentos nela (BRASIL, online).

Inicialmente, insta salientar, que a arguição de preceito fundamental é instrumento do controle concentrado de constitucionalidade, prevista no parágrafo primeiro do artigo 102 da Constituição Federal² e na Lei nº 9.882/99, sendo cabível diante de ato do Poder Público, cujo objeto é reparar ou evitar lesão a preceito fundamental, de modo que consiste em instrumento subsidiário de controle, somente cabível quando não puder ser proposta qualquer outra ação do controle concentrado de constitucionalidade. A ADPF tem efeitos vinculantes e retroativos, sendo admitida sua modulação, e eficácia *erga omnes*.

Na ADPF 347, sustenta-se que as condições dos presídios brasileiros se assemelham ao Inferno de Dante, diante da sua superlotação e violação a preceitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988, como a Dignidade da Pessoa Humana, a vedação da tortura do tratamento desumano, do acesso à justiça e os direitos sociais como saúde, segurança, educação e trabalho dos presos. Além do que, assevera-se que a situação é resultado de falhas estruturais em políticas públicas, cuja solução depende da adoção de providências por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos, e judiciais da União, estados e Distrito Federal. (BRASIL, online).

O julgamento da medida cautelar da arguição foi de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o qual, em seu voto, destacou que o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, sendo que os detentos em sua maioria estão sujeitos a:

2 Art. 102, § 1.º: A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida impastável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde, e ao trabalho, bem como o 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, online).

Assim, o relator expôs o cenário e os números do sistema carcerário nacional, que conta ainda com um déficit prisional enorme, no qual há uma grande violação dos direitos insculpidos na Carta Magna de 1988, o que revela que os presos não são tratados com respeito e condições condignas no cumprimento de sua pena e até nas prisões preventivas.

O Ministro Marco Aurélio cita como tolhidos os seguintes direitos: dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição); proibição da tortura ou tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III da CF); a vedação a aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e” da CF); o dever do Estado de proporcionar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, tendo em vista a natureza do crime, idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII da CF), a segurança dos presos e o respeito à sua integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX da CF); à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV da CF); e, os direitos sociais, como saúde, educação, trabalho, alimentação, previdência e assistência social, estabelecidos no artigo 6º da Carta Magna (BRASIL, online).

Ademais, o ministro relator reconheceu que as prisões brasileiras não servem para a ressocialização, uma vez que acabam por agravar a situação do encarcerado, mantendo-o ou incorporando-o definitivamente a criminalidade. E ainda, assentiu que a responsabilidade desta situação é dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como da União, estados e entes federados, de modo que “Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto interpretação e aplicação da lei penal” (BRASIL, online).

Desta feita, em seu voto, o ministro Marco Aurélio ressaltou acerca do ambiente carcerário brasileiro, o qual consiste em uma violação dos direitos fundamentais mais importantes e inerentes à própria condição humana, de forma que concluiu serem necessárias políticas públicas para solucionar esse quadro, além de uma melhor atenção e atuação dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, como também da União, dos estados e do Distrito Federal.

O Ministro relator atribuiu uma “falha estatal estrutural”, devido à falta de observação das leis, da inexistência de comunicação entre o Executivo e o Legislativo, das políticas públicas incapazes de solucionar os problemas existentes, não obstante, reconheceu a

“cultura do encarceramento” presente no Judiciário. De tal maneira que admitiu a existência do um Estado de Coisas Inconstitucional, e de um “litígio estrutural”, o qual demonstra a necessidade de novas políticas públicas, interpretações e aplicação da lei e mudanças estruturais em nível nacional para resolver o problema (BRASIL, online).

Nesta toada, o Ministro asseverou a importância do papel do Supremo Tribunal Federal, porque, como nos outros poderes os representantes são eleitos, e este tema não detém amparo público, é necessária a intervenção judicial para assegurá-lo, além do fato dos presos não votarem, o que também afasta o interesse político em matéria penal quanto às prisões (BRASIL, online).

Com isso, diante de uma situação de violação de direitos fundamentais, políticas públicas inócuas, foi observado que os Poderes Legislativo e Executivo não contribuem para melhorar a situação carcerária nacional, visto que a população não se interessa por esse assunto, é preconceituosa, via reflexa, ao tratá-lo estar-se-ia perdendo de apoio político e votos.

No voto do ministro Edson Fachin, ele ressaltou que pelo fato de Estado deter a competência para a persecução penal e aplicação da pena, ele deveria garantir a dignidade daqueles que dele dependem, vez que “A pena não pode se revelar como gravame e extirpar a condição humana daquele que a cumpre” (BRASIL, online).

A seu turno, o ministro Luís Roberto Barroso declarou que para o sistema penal ser mais eficiente, ele depende de recursos e sociedade brasileira deve se ater a isso (BRASIL, online).

Os dois ministros demonstraram preocupações com o sistema carcerário brasileiro, reconheceram a violação dos direitos, o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, e a necessidade de solucionar esse problema.

A ministra Cármen Lúcia, em seu voto, admitiu a falta de condições dignas dos presídios, defendendo que: “Qualquer que seja a condição daquele que existe, há que ser com dignidade”. Outrossim, alertou, que a segurança pública é dever do Estado e de toda a sociedade, nos moldes no artigo 144 da Constituição Federal (BRASIL, online).

Por sua vez, o ministro Gilmar Mendes sugeriu a melhora do sistema e de sua informatização para acompanhamento da execução penal. Ao passo que, o ministro Celso de Mello classificou a omissão do Estado, a qual deixa de cumprir uma imposição constitucional como um “comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica”, pois desrespeita a Constituição, ofende direitos e acaba obstaculizando a aplicabilidade dos postulados e princípios constitucionais (BRASIL, online).

Assim, é notória a preocupação dos ministros com a situação carcerária nacional, tanto pelos direitos tolhidos dos presos e o reflexo que isso traz na sociedade, como pela questão do contingenciamento da verba pública do Fundo Penitenciário, a necessidade de manifestação e ação que partisse do Supremo Tribunal Federal e o anseio que os Poderes Legislativo e Executivo também começassem a se manifestar. Inclusive, os ministros chegaram até a discutir soluções e políticas em voga no Conselho Nacional de Justiça e em alguns estados.

A ementa do julgamento da medida cautelar consignou que:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (BRASIL, online).

Ante o exposto, em sede de medida liminar os ministros reconheceram o Estado de Coisas Inconstitucional, em razão da violação dos direitos fundamentais dos encarcerados nos presídios e as falhas estruturais neles, o que implica no descumprimento dos preceitos constitucionais, foi também determinado o descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, ou seja, não deve haver o congelamento dessas verbas, a fim de que elas possam ser utilizadas em sua totalidade. Por fim, decidiu-se também em favor da realização e da implementação, em todo o país, da audiência de custódia, isto é, a apresentação do preso em até 24 horas da prisão ao magistrado, o qual decidirá sobre a manutenção ou não desta.

Nesta esteira, resta claro que o país carece de políticas públicas de segurança ou, ao menos aprimorar as que já existem, de forma a adequar e unificar as políticas públicas ao sistema penal constitucional, valorizando os direitos fundamentais, e uma interpretação sempre no sentido dos valores constitucionais ao sistema penal brasileiro.

3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Alguns pontos debatidos na arguição de preceito fundamental 347 são muito preocupantes não apenas pelo fato de demonstrarem a realidade existente no sistema penitenciário do país, a qual é cruel e indigna, mas também porque revelam que o mínimo de direitos assegurados pela Constituição não está sendo efetivado, de maneira a se concluir que os encarcerados, uma vez encaminhados ao ambiente prisional, o qual por si só já é um grande castigo, passam a viver e conviver em condições subumanas.

Nesse sentido, houve o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional meramente formalizado pelo Supremo, porque ele já ocorria há muitos anos e ocorre, não só no sistema prisional brasileiro.

O Estado de Coisas Inconstitucional é criação da Corte Constitucional da Colômbia, na sentença T-025/04, e tem como pressupostos:

(1) violação generalizada de diversos direitos fundamentais que afete um grupo amplo ou determinado de pessoas; (2) prolongada omissão das autoridades responsáveis; (3) inexistência de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias cabíveis; (4) necessidade de atuação conjunta e uma multiplicidade de atores para tratar a questão; e, (5) entendimento de que se todos os afetados recorressem ao Judiciário, seria verificado um enorme congestionamento de processos (PASSOS; LIGUORI; GRAVA, 2016).

Portanto, o Estado de Coisas Inconstitucional envolve o aviltamento dos direitos fundamentais, um longo período de omissão das autoridades responsáveis, somado a falta de medidas legislativas, orçamentárias ou administrativas cabíveis, o que, para ser sanado, carece de vários agentes trabalhando de forma cooperativa e conjunta, tendo em vista que se os prejudicados demandassem individualmente frente ao Judiciário seriam muitos os processos, gerando um acúmulo que prejudicaria o próprio Judiciário.

Então, no tocante ao sistema carcerário nacional e suas péssimas condições, é plenamente possível observar os elementos que caracterizam o Estado de Coisas Inconstitucional, pois a dignidade, a integridade física e moral, o tratamento desumano e degradante, o direito à saúde, segurança, educação, trabalho e outros dos presos são constantemente violados, fato que requer atenção dos Poderes e entes federativos, os quais se mostram inertes, somente tomando medidas imediatistas diante de situações isoladas, mas que demonstram toda essa precariedade, vez que são indispensáveis grandes medidas. Por esses motivos, é possível perceber a existência de falhas no aparato legal, administrativo ou orçamentário, ou nos três, porque, da maneira como estão, eles vêm se mostrando insuficientes. Com isso, é nítida a falta de posicionamento dos governantes, o desinteresse da

população acerca de temas voltados à prisão e a patente violação de direitos a descumprir a Constituição.

É preocupante pensar e avaliar que tanto o governo quanto o povo não se mostram ativos para tentar resolver esse enorme problema com as prisões e presos no país, e é ainda mais assombroso verificar que os preceitos básicos da Constituição não estão sendo seguidos, pois isso revela que não há a percepção sobre o reflexo que essas violações, o desrespeito e o aumento da população carcerária geram no país.

Para que uma coletividade nacional possa se desenvolver, crescer deve haver a garantia do mínimo ao seu povo, e o esboço do funcionamento do Estado e dessas garantias se encontra na Constituição, logo, se nem mesmo a Constituição, a Carta Magna, a Cidadã, de 1988 tem seus preceitos assegurados, isso obstaculiza o cumprimento da lei, o prosseguimento do sistema, a cidadania.

Tratar acerca de cárcere, de direito penal, direito penal constitucional e segurança pública significa pensar a segurança, corrigir e apagar os erros, reeducar, ressocializar, mas sempre considerando a humanidade de cada indivíduo, a existência de uma pessoa, um cidadão, que cometeu um ilícito, porém não deixou de ser humano e não pode deixar de sê-lo por isso, merece e carece de amparo.

Afirma Luiz Fernando Kazmierczak (2010) que o sistema penal tem a finalidade de garantir a justiça social, atingindo de maneira igualitária todos os que praticarem condutas tidas como ilegais, atuando como protetor da dignidade humana, intervindo nos limites da necessidade concreta. Além disso, o sistema penal teria a função de estimular a ressocialização e demonstrar à sociedade a punição a determinados atos, para que não o reiterem.

Dessa forma, o sistema penal não vem cumprindo seu papel de ensinar com dignidade, a fim de promover a justiça social e os ideais constitucionais, motivo pelo qual, o reflexo é a não ressocialização dos indivíduos, o aumento da criminalidade, a insegurança social e a falta de segurança pública, fatos que prejudicam os encarcerados, a sociedade como um todo, o governo em todos os níveis e entes federativos, o Poder Legislativo e o Judiciário.

Ademais, a ressocialização não é bem vista pela sociedade, é grande o preconceito com aquele que já foi preso e busca ser reinserido no convívio social, bem como a insegurança social gerada a partir desta convivência e falta de preparo para ela. Por outro lado, o ex-detento convive com a desconfiança, os traumas do encarceramento e o preconceito (KAZMIERCZAK; OLIVEIRA, 2015).

Há de se relevar também que a estrutura social menor, isto é, o âmbito das relações

sociais no qual a pessoa convive repercutem na entrada para a criminalidade e na probabilidade de sua reincidência, de modo que “o indivíduo que integra um corpo social desestruturado e repleto de mazelas, ingressa num sistema carcerário ainda pior” tendo grandes chances de reincidir (KAZMIERCZAK; OLIVEIRA, 2015).

Eis que é necessário que a sociedade possa passar a debater e tratar a respeito do sistema penal, constitucional inclusive, para que o preconceito com os ex-detentos acabe e seja possível construir um terreno, dar espaço a ressocialização. No mais, discutir sistema penal é também discutir segurança pública, buscar maneiras de impedir a reincidência de forma a melhorar o ambiente social, fato que sofre interferência direta das políticas públicas sociais e econômicas do governo em um país de grande desigualdade social.

Nesta esteira, conclui Cristiane Farias Rodrigues dos Santos (2017) que:

A superlotação carcerária é multifatorial; ela representa uma combinação de políticas públicas ineficientes (educacional social e de segurança pública). Constatase que a aplicação de penas severas e o tratamento cruel podem ser testados mais de mil vezes, mas, enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais, a repressão, o caminho aparentemente mais fácil será sempre mais bem aceito, infelizmente. A repressão possibilita a ilusão de segurança, encobrendo os sintomas da doença social.

Por isso, além dos problemas de dentro do cárcere, existem os problemas que levam ao cárcere e à criminalidade, e eles devem da mesma forma ser combatidos, todavia não só de forma repressiva, pois ela não é o bastante, mas também de forma preventiva, para acabar com a ilusão de segurança, como aponta a autora.

O sistema penal deve ser observado pelo viés constitucional, para que tanto preventiva como repressivamente garanta a dignidade, a integridade e o tratamento condigno aos encarcerados, no entanto, a segurança envolve não apenas práticas repressivas, como também as preventivas, e toda uma mudança na estrutura para que as pessoas não sejam levadas a criminalidade, razão pela qual são necessárias políticas públicas de segurança.

4. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA NO BRASIL

A segurança constitui um anseio da humanidade, sendo que o direito à segurança foi assegurado pela primeira vez na Constituição da Filadélfia, em 1787. Já no Brasil, da Constituição de 1824 até a atual, a segurança é de incumbência somente do Estado, “reconhecida como um direito fundamental e uma condição para o exercício das liberdades individuais e coletivas que o estado tem o dever de garantir” (SANTOS, 2017).

Dessa maneira, a segurança pública é uma preocupação de cunho social, qual sofre interferências econômicas e políticas, cuja competência é do Estado para assegurá-la, pois se

trata de um direito de feição individual e coletiva, imprescindível para garantir da ordem social e do bem comum.

Para tanto, a segurança pública depende de todo um aparato legal que a sustente, a tomada de medidas administrativas a fim de consagrá-la, e, principalmente através de políticas públicas para sua concretização.

Assim, a Constituição elencou, primeiramente, a segurança como um direito social (no artigo 6^o), o qual deve ser estabelecido e efetivado por meio das políticas públicas, o que justifica a necessidade de sua implementação, pois quando se trata de direitos coletivos, é dever do Estado em sentido amplo, dada sua competência, garanti-los, enquanto a coletividade tem direito quanto a sua eficácia, por isso, muito se defende o direito à segurança pública.

Ainda, a Constituição Federal de 1988 atribuiu à segurança pública um artigo próprio na, segundo o qual:

Art. 144: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Por sua vez, o artigo 144 seguiu a matriz histórica do Brasil e das Constituições anteriores conferindo ao Estado, a todos, e especialmente à polícia, por meio de seus órgãos, a atribuição de zelo e cuidado com segurança pública. E como tal, a polícia é voltada a repressão e combate do crime e do criminoso, motivo pelo qual é justificada a preponderância de atuação nesta área.

Observa-se que, no Brasil, a repressão à criminalidade sempre foi o objetivo principal e o fundamento da segurança pública nacional, seu pressuposto é a má-distribuição de renda no país, que culmina em desemprego, poucas e díspares oportunidades, motivos pelos quais, atraídos pelo “lucro líquido e fácil” do crime, principalmente em tempos de tráfico de drogas e desvios de dinheiro, muitos se rendem a criminalidade ou são atraídos a ela, e esse é um dos pontos que precisa ser combatido.

A atuação repressiva da polícia gera discordância na população, bem por isso, é uma instituição que está sendo fragilizada com críticas e por não conseguir combater repressivamente a criminalidade, de sorte que a polícia não pode, por si, só cuidar de um

3 Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

direito e uma garantia tão complexo como a segurança pública, ainda mais por sua atuação ser pautada especialmente na repressão do crime.

De outro lado, grande parte da sociedade se sente segura apenas com a atuação da polícia, de modo a despertar o ideal de segurança social, ou seja, de combate à criminalidade e do criminoso como patologia social. Entretanto, o combate ao criminoso e a criminalidade rompem com o ciclo de crime como fim, porém não abarca toda a questão em volta da segurança pública, qual seja da inserção e manutenção da e na criminalidade, o encarceramento e a ressocialização.

O que se percebe, contudo, é que para uma efetiva política de segurança pública combater somente o fim do crime, e o resultado deste não impede que a criminalidade diminua, aliás, ela aumenta ou se propaga.

A segurança pública como um direito e responsabilidade de todos deve ser assegurada desde o início, para que a criminalidade sequer seja cogitada como um “meio de trabalho e manutenção de vida”.

Com isso, exalta-se a necessidade da política de segurança pública, a qual é de competência do Poder Executivo quanto ao planejamento e gestão dela com o intuito de prevenir a repressão da criminalidade e da violência, e à execução penal; o Poder Judiciário deve garantir o andamento processual e aplicação da legislação; de modo que ao Poder Legislativo incumbe estabelecer ordenamentos jurídicos indispensáveis ao adequado funcionamento do sistema de justiça criminal (CARVALHO; SILVA, 2011).

Caso houvesse a eficácia das políticas públicas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro por meio da colaboração das três esferas de poder, justamente no limite de suas atribuições, somadas a participação social quanto aos interesses das políticas, isso revolucionaria não só o sistema de segurança pública, como também a democracia e as instituições brasileiras, as quais seriam também valorizadas e respeitadas.

No entanto, atualmente, essa mobilização é ainda mais necessária em razão da corruptividade das instituições brasileiras, a fim de que haja maior participação dos cidadãos no governo, inclusive pela busca do bem comum, porque o combate à criminalidade não enseja apenas o fortalecimento da polícia, como também da aplicabilidade e da eficácia da lei e da execução penal, o que inevitavelmente irá refletir nos âmbitos social, político e econômico.

Logo, é preciso modificar o pensamento e a base histórica nacional de que a polícia e a segurança pública devem se voltar tão só à repressão do crime, ao passo que, na verdade, o mais importante é o controle preventivo, educativo e ressocializador do mesmo.

Ademais as três esferas de poder tem uma atribuição no que tange a segurança pública, seja o Legislativo ao elaborar normas eficazes e condizentes com a realidade social para a proteção e garantia do direito à segurança pública, o Poder Executivo no planejamento e gestão de programas, políticas públicas com o intuito de diminuir a criminalidade e a violência, e ainda, o Poder Judiciário no cumprimento e aplicação das normas.

Aparentemente, o próprio sistema constitucional se mostra contraditório, visto que não atribui competência específica acerca da segurança pública para algum ente federativo, permitindo que os estados elaborem suas diretrizes e os municípios também, no que toca ao âmbito local, porém, as políticas e o posicionamento dos estados destoam quando comparados, não havendo uma uniformidade em aspecto nacional, agravando a situação (FABRETTI, 2015).

No mais, no artigo 144, o parágrafo sétimo⁴ da Constituição Federal estabelece a necessidade de lei a ser elaborada pelo Congresso Nacional a respeito da atribuição dos órgãos responsáveis pela segurança pública, todavia, ela ainda não foi elaborada (FABRETTI, 2015).

Por conseguinte, devido ao silêncio da Constituição no tocante a competência dos entes federados em elaborar normas sobre segurança pública e a omissão do Poder Legislativo na elaboração de norma no tocante a organização e funcionamento dos órgãos voltados à segurança pública, parece que o legislador se satisfaz com o propósito de apenas combater o final do crime e reprimi-lo, sendo tal atuação dissipada entre os entes federativos, culminando, muitas vezes, na não assunção de responsabilidade por nenhum órgão ou ente, ou a atribuição dela ao outro ente quando da ocorrência de um fato criminoso de grande repercussão.

A punição penal se justifica a partir do resultado do crime, todavia, as políticas públicas são necessárias à medida que há o intuito de formar criminosos, de combater a desigualdade social, buscar melhores condições de vida, valorizando o princípio da dignidade da pessoa humana de todos os envolvidos considerados singularmente.

Então, para Humberto Barrionuevo Fabretti (2015), a segurança pública foi determinada não em prol da defesa da cidadania e dos direitos humanos, senão visando à garantia da ordem pública, do patrimônio e a incolumidade das pessoas.

Justamente, o objetivo do legislador denota o combate à criminalidade pela polícia e por meio do Direito Penal, o que pode acontecer quanto aos resultados do crime, e que vem

4 Artigo 144, § 7º: A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

acontecendo. Ademais, é preciso que a política pública de segurança pública, ao atuar na garantia e defesa dos direitos, busque assegurar a não propagação da criminalidade como um meio de vida “lucrativo”, zelando pela dignidade humana, pela coletividade nacional, seja durante o encarceramento e até depois dele.

A segurança pública não precisa ser somente atribuição das polícias, esse é apenas um de seus modelos, o tradicional, que busca zelar pela ordem pública, todavia, as políticas adotadas acabam por ineficientes, uma vez que, ao se tentar manter a ordem, as pessoas entendidas como perigosas são excluídas, o que acaba por gerar mais insegurança e formar um círculo vicioso (FABRETTI, 2015).

Por outro lado, o segundo modelo é contemporâneo, o padrão é a cidadania, isto é, ele é direcionado para proteger o direito dos cidadãos, dada sua característica garantista, ele funciona na democracia, “pois atua pela lógica da inclusão e preservação dos direitos de todos os cidadãos” (FABRETTI, 2015).

O primeiro modelo é tradicionalista, reflete o ideal do Estado pela proteção geral à ordem pública, de tal maneira que, para tanto, rotula o criminoso e o exclui da sociedade, prevalecendo no Brasil. Já o segundo modelo valoriza a cidadania, a partir da inclusão e da garantia dos direitos, ou seja, efetivando os direitos daqueles que mais sofrem com a desigualdade social.

Pois bem, como o primeiro modelo tem preponderado, sem apresentar melhoras no quadro da segurança pública, resta evidente que as políticas públicas devem ser voltadas ao segundo modelo e seus ditames, quais sejam, a aplicação efetivação da igualdade material, dentre os que sofrem com a desigualdade social.

A seu turno, o controle preventivo não depende apenas de políticas públicas voltadas à segurança pública, bem como de políticas públicas de inclusão de ordem social e econômica.

Nesse sentido, revela-se a importância das políticas públicas sociais:

E políticas sociais se referem a ações que determinam padrão de proteção social implementado pelo Estado, voltadas, em princípio, para a redistribuição dos benefícios sociais visando a diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico. As políticas sociais têm suas raízes nos movimentos sociais do século XIX, voltadas aos conflitos surgidos entre capital e trabalho, no desenvolvimento das primeiras revoluções industriais (HÖFLING, 2001).

Assim, as políticas de segurança pública tem cunho totalmente social, visto que atingem diretamente o contexto social conturbado em face das diferenças econômicas no país, de modo que elas também devem buscar diminuir as desigualdades a partir da prevenção dos

conflitos, da prática e do acesso (entrada) e saída da criminalidade.

Influenciado pela proteção internacional que vinha se espalhando acerca dos Direitos Humanos, em 1995, o governo Fernando Henrique Cardoso criou a Secretaria de Planejamento de Ações Nacionais de Segurança Pública (Seplanseg), vinculada ao Ministério da Justiça, a fim de “reorganizar o arranjo e a gestão de segurança pública” nacional, a qual, em 1998, foi transformada em Secretaria Nacional de Segurança Pública (Sesnas), “tendo como perspectiva atuar de forma articulada com os estados da federação para a implementação da política nacional de segurança pública” (CARVALHO; SILVA, 2011).

Interessante notar a influência internacional de proteção aos direitos humanos ensejando a criação de institutos para uniformização e organização da política de segurança pública nacional, fato que demonstra a necessidade de uma política nesse sentido para uma mínima organização e padronização a respeito da segurança pública no país, da mesma forma que a proteção e organização da segurança pública interferem nos direitos humanos e fundamentais.

Tendo em vista que o objetivo é assegurar a igualdade, a dignidade humana, o acesso às oportunidades a toda a coletividade, mas, diante de um ambiente de desigualdade social, que implica em criminalidade e violência, tais direitos e garantias fundamentais ficam restritos, em razão do medo. Essa restrição, todavia, não pode acontecer e no espaço do medo, deve, na verdade, predominar a segurança, motivo pelo qual aparecem as políticas de segurança pública, que delicadamente demonstram, com esses programas, o desejo de algo mais do que a mera atuação policial.

Por sua vez, já no ano 2000, a tragédia do ônibus 174 no rio de Janeiro estimulou a criação de um Plano Nacional de Segurança Pública – PNSP, (FABRETTI, 2015), cujo objetivo era o combate à criminalidade e à violência no país, especialmente nos locais em que os índices eram altos, com o intuito de aprimorar a atuação dos órgãos de segurança pública (CARVALHO; SILVA, 2011).

Desta feita, houve uma atitude governamental de avanço em busca da padronização da segurança pública com a criação do Plano Nacional, estimulada pela ocorrência de um fato violento, entretanto, o objetivo era aperfeiçoar os órgãos especializados em segurança pública, o que, principalmente, consiste na polícia, e, com isso, retomando o caráter repressivo, com o intuito político inclusive, pois depois do ocorrido com o ônibus 174, a população estava angustiada, com medo, e, além da polícia transmitir segurança, economicamente, a atuação dela era mais barata do que investir em programas, ações e políticas públicas.

O PNSP trouxe um avanço ao demonstrar o interesse do governo em investir e buscar

soluções para a questão da criminalidade e da violência que assolavam e assolam o país, porém Henrique Barrionuevo Fabretti (2015) salienta que a amplitude do plano fez com que não houvesse um foco principal para investimento, fazendo com a verba fosse fragmentada entre os entes federativos, e ressalta problemas na coordenação do plano com a grande mudança de titulares ao longo dos anos.

Infere-se, com isso, um grande problema de gestão acerca da segurança pública, a padronização era necessária, e acabou desvirtuada dada a dificuldade em delimitar as ações que aconteceriam, a ordem de objetos a serem combatidos e a maneira como o seriam, o que levou novamente a desintegração nacional. A gestão demanda profissionais que tenham conhecimentos tanto em âmbito jurídico e social, como institucional.

Já no governo Lula, no seu primeiro mandato, o panorama em relação às políticas de segurança pública foi alterado, a proposta era a criação de um Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), cujo objetivo era agregar as polícias civis e militares estaduais, essa incumbência seria dos Gabinetes de Gestão Integradora (GGI). Porém, não houve consenso a esse respeito no Congresso Nacional, motivo pelo qual a lei do SUSP ainda não foi aprovada (FABRETTI, 2015).

A crítica de Vilobaldo Adelídio de Carvalho e Maria do Rosário de Fátima e Silva (2011) é que apesar de trazer inovações quanto à padronização de questões voltadas para a segurança pública através de órgãos, o SUSP não tratou acerca do sistema prisional.

A iniciativa de criação de um Sistema Único de Segurança Pública é interessante porque revela que haverá uma delegação de competências e uma padronização no trato da segurança pública nacional, o que de certa forma completaria o disposto no parágrafo sétimo da Constituição, no entanto, a lentidão de tramitação da lei que o institui revela a falta de interesse político e econômico sobre a matéria.

De outro modo, no segundo governo Lula foi instituído o Pronasci (Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania), por meio de parceria com os estados:

combinando essas ações com políticas sociais para a prevenção, controle e repressão à criminalidade, principalmente em áreas metropolitanas com altos índices de violência. Nessa perspectiva, estabeleceram-se metas e investimentos que apontam avanços na constituição da política pública de reestruturação do sistema de segurança no seu todo, incluindo-se aí a esfera prisional, redefinindo as estratégias de ação e gestão (CARVALHO; SILVA, 2011).

Com efeito, o Pronasci é uma iniciativa inovadora, que traz a esperança de, ao associar a segurança pública à cidadania, garanti-la e assegurá-la como um direito e dever do Estado, além do que prevê uma atuação conjunta com os estados, donde se percebe que haverá uma uniformidade de condutas e uma reorganização do sistema de segurança pública

como um todo e o nacional.

Insta salientar que uma das medidas do Pronasci é a implementação de Unidades de Polícia Pacificadora (UPP) em localidades com altos índices de violência e criminalidade, revelando que o governo percebeu a necessidade de elaborar novas estratégias para a segurança pública como um todo (CARVALHO; SILVA, 2011).

A criação e a implementação das UPPs são de extrema importância para revitalizar locais que haviam sido perdidos em meio à criminalidade e a violência, de modo que a polícia se estabelece próxima da população, não para fomentar conflitos armados, mas sim para a garantia dos seus direitos fundamentais no convívio social, proporcionando-lhes um mínimo de vida digna, e assim, buscando uma atuação mais preventiva do que repressiva.

Ocorre que, o Pronasci poderia ser muito maior, ele é um exemplo de política pública na área de segurança pública, o qual revela a importância de políticas públicas nessa área, mas que ainda é pouco efetivo, e carece de uma maior encampação por parte tanto do governo federal, quanto dos demais entes federativos.

O programa Brasil Mais Seguro substitui o Pronasci e vige atualmente, seu objetivo é reduzir a criminalidade violenta, “a impunidade, aumentar a sensação de segurança da população e promover maior controle de armas”, direcionado as Secretaria de Segurança Pública dos Estados e em cooperação com a União (BRASIL, online).

Novamente, o governo retrocede por programas para a repressão da criminalidade, que comprovadamente não é o melhor caminho a ser seguido e não apresenta os resultados almejados.

No âmbito carcerário, o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), o qual consiste em um mecanismo financeiro voltado ao melhoramento do sistema penal, foi criado pela Lei Complementar 79/1994, e funciona como uma “fonte de recursos para as ações governamentais de grande parte dos entes federados”, de modo que é possível “operacionalizar o financiamento de políticas públicas” (SANTOS, 2017).

O FUNPEN é administrado pelo Departamento de Assuntos Penitenciários dos Direitos e da Cidadania), mas se trata de fundo que pode ser contingenciado, o que impede que a verba seja integralmente utilizada para a finalidade a que foi criada, sofrendo restrição nos limites de empenho e pagamento (SANTOS, 2017).

Desta feita, o FUNPEN é um instrumento importantíssimo a ser utilizado pelos entes federativos e pela própria União para a melhoria do sistema carcerário, uma vez que é possível conseguir verba pública, ou ao menos uma parcela de verba para que sejam realizadas melhorias no sistema carcerário. Entretanto, aplica-se ao FUNPEN o

contingenciamento, ou seja, uma espécie de congelamento na verba que impede que ela seja totalmente gasta para atender a sua finalidade, qual seja, a melhoria dos presídios.

Por isso, os ministros, em sua grande maioria, manifestaram-se a favor do descontingenciamento das verbas do FUNPEN, isto é, dada a urgente, precária e indigna condição dos presídios nacionais, não é cabível, não é razoável impedir que o dinheiro seja gasto a fim de melhorar a situação dos presídios.

No que tange a melhoria dos presídios e para a construção de novos, há aqueles defendem a atuação de uma parceria público-privada para a construção e melhoria do ambiente carcerário, a exemplo da ministra Carmen Lúcia, que no voto da medida cautelar da ADPF 347 se manifestou favorável à medida, citando que em algumas prisões em Minas Gerais isso já acontece (BRASIL, online).

Nesse sentido, também advogam Luiz Fernando Kazmierczak e Samyle Regina Matos de Oliveira (2015), isto é, em favor da realização de parcerias público-privadas para a construção e reestruturação de novas unidades carcerárias.

A proposta se mostra interessante tanto pela eficiência do serviço, quanto pela redução de gastos, vez que os entes federativos sempre atuam no limite de seu orçamento.

Por conseguinte, a elaboração de uma boa e consistente política pública demonstra que o governo cumpre seu papel para com o cidadão, e tenta atuar em prol do aprimoramento de condições de vida que impedem o Brasil de avançar ainda mais.

5. A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS BEM DELINEADAS

As políticas públicas, então, são instrumentos utilizados pelo governo para implementação de direitos, garantias, bem como a sua efetivação no plano concreto. No entanto, é de se observar que os governantes vêm apresentando grande dificuldade desde a verificação das carências e necessidades sociais que ensejam políticas públicas, bem como na sua elaboração e efetivação.

Para Francisco G. Heidemann (2009), as políticas públicas implicam em dois elementos: ação e intenção. De forma que, é possível uma política sem que haja uma intenção formal, porém não existirão políticas positivas sem ações que concretizem intenções ou propósitos enunciados. Conclui que não existe política pública sem ação, sendo ela um elo entre o governo e a cidadania.

Portanto, a política pública demanda ações governamentais, que podem se expressar através de leis, programas sociais, criação de institutos governamentais. Além disso, ela se manifesta não só como um dever do Estado na garantia dos direitos sociais, como estabelece

uma conexão entre o governo e a cidadania, ou seja, a política pública é um meio de o governo proporcionar aos nacionais o acesso a seus direitos e possibilidade exercê-los em harmonia.

Nesse sentido,

a política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito (BUCCI, 2006).

Denota-se que a política pública depende de uma ação do governo, ela pode possuir qualquer tipo de valor normativo em termos de espécies legislativas, mas depende de uma boa gestão, organização do governante e do Estado para ser implementada, posto que, conforme prevê a autora, depende de articulação, coordenação em prol de um objetivo ligado a ordem pública.

Dessa maneira, o agir do Estado deve ter como cerne as necessidades e carências sociais que afetem a ordem pública, a partir dessas carências, elaborar-se-á um plano de ação, o qual deverá ser organizado, a fim de que produza os resultados almejados, qual seja a melhora da situação.

Diante do exposto na ADPF 347 especialmente, além de uma carência social, há uma urgência e extrema necessidade para a realização de políticas públicas, para que o país se torne mais seguro, diminua-se o preconceito ao encarcerado, haja uma melhora e um estímulo maior à ressocialização, e principalmente, as prisões se tornem ambientes que assegurem a dignidade, o respeito e a integridade dos presos.

Aliás, as políticas públicas refletem o lema nacional de ordem e progresso, isto porque, serão criadas e realizadas ações para que a sociedade possa progredir, e essa progressão muito se relaciona com a garantia dos direitos fundamentais, enquanto a ordem demonstra a necessidade de organização social que resultará em uma união em prol de um fim comum, o qual novamente recai no progresso.

A organização dessas políticas advém de “metas claras e definidas a serem alcançadas através de medidas confiáveis para a avaliação desses objetivos e pelos meios disponíveis para sua realização de forma democrática” (BEATO FILHO, 1999). Organizar, então, significa traçar metas de ação, as quais sejam realizáveis, verificar a necessidade e a capacidade orçamentária, elaborar passos para implementação no tocante a disponibilidade também de serviços e servidores para executá-los, além de definir as principais carências e como será possível saná-las.

A incumbência de realização e efetivação das políticas públicas não é só do gestor público, ele claramente detém um papel fundamental, porque tem maiores possibilidades de verificar as necessidades sociais, ordená-las para poder saná-las, feito isso, ou ainda que não feito isso, o cidadão e os demais servidores, quando criada uma meta ou programa, devem insistir e colaborar com sua efetivação. Assim, haverá a ação, que é imprescindível a política pública, aliada a participação social.

Nesta toada, Maria Paula Dallari Bucci (2015) define como elementos para um quadro de referência das políticas públicas: a organização, que implica em um programa de ação; os papéis institucionais, os quais se referem à distribuição de funções e atribuições para se atingir os fins do programa; e, o movimento ou finalidade, de cunho social e político, correspondente ao “sucesso da agregação de interesses operada com a criação e implementação do programa”.

Em suma, esses três elementos apresentam subdivisões, contudo eles são primordiais para a realização da política pública, visto que não é só uma ideia de um gestor e exercício de atribuições institucionais, é um serviço público de cunho extremamente social para a construção do país, o progresso dele, garantindo-se direitos mínimos e essenciais a todos, inclusive, uma atuação em respeito à coletividade como um todo.

Dada essa essencialidade e a necessidade de três elementos para se configurar e constituir uma política pública parece que elas muitas vezes esbarram em alguns elementos que prejudicam e muito sua efetivação. Nota-se que os governantes não têm interesse político ou econômico de investir em determinados setores, é perceptível que o sistema legislativo brasileiro é moroso e também estritamente movido a interesses políticos e econômicos, além da preocupação com o interesse social para garantir-lhes votos.

Igualmente, outro fator que, apesar de garantir direitos, de certa forma prejudica a execução das políticas públicas, porque compromete a sua reserva orçamentária, é a judicialização. Direitos como educação e saúde, principalmente, quando aviltados são alvo de remédios constitucionais. Hoje em dia, muitos cidadãos preferem ir reclamar seus direitos e garantias no judiciário, ao invés de reclamar a efetivação das políticas públicas existentes.

A judicialização de direitos também demonstra a fragilidade das políticas públicas, pois elas não são compactas, têm lacunas, o que não promove sua aplicação para todos ou conforme seus objetivos, sendo, por isso, alvo de demandas judiciais. Aliás, até no Supremo Tribunal Federal, inclusive por ações do controle concentrado, são intentadas ações em busca de soluções e políticas para problemas nacionais.

Enfim, é possível perceber que as políticas públicas nacionais estão com problemas

tanto em sua organização, gestão, como em sua concretização. De modo que, para que haja a ação estatal que dá azo à política pública, ou a ação que as concretize e efetive, é preciso também, a cooperação e a participação.

Cooperação, participação e comunicação entre entes públicos, servidores, governantes, órgãos de amparo e a serviço do cidadão como o Ministério Público e a Defensoria Pública, além é claro, do cidadão, que atua na sua cidade, no seu estado, promove ações, ajuda a executá-las é de extrema valia. Para tanto, é imprescindível que haja a mobilização da população, de modo que ela conheça seus direitos e exija seu cumprimento, não só no plano concreto e individual como ao buscar o Poder Judiciário, mas também no plano abstrato das leis com a finalidade de buscar sua efetivação, tanto em favor de si, quanto da coletividade.

De outro lado, também é comum haver a diferenciação das políticas públicas como políticas de estado e de governo a fim de se estabelecer um parâmetro temporal e administrativo quanto à execução da política pública em si. Com efeito, as políticas públicas de Estado consistem em políticas públicas com limite temporal distribuído em décadas, por outro lado, as políticas públicas de governo são as que fazem parte de um programa maior (BUCCI, 2006).

A seu turno, Francisco G. Heidemann (2009, p. 30) caracteriza as políticas públicas como políticas governamentais, enquanto as políticas de Estado seriam inflexíveis a ponto de compelir todos os governos, independente dos mandatos.

Logo, o que se percebe é que o termo políticas públicas se refere a ações governamentais, as quais podem ser durante um período de mandato de um governante ou um determinado período maior de tempo, em contrapartida as políticas de estado seriam as que vão mais além do governo em si, envolvem a promoção do Estado como um todo, operando como uma garantia ou um objetivo constitucional a ser resguardado.

A vista disso, as políticas públicas de segurança pública podem ser políticas de Estado ou de governo, as que combatem a criminalidade e a violência apesar de estarem se perdurando ao longo do tempo e de governos consistem em políticas de governo. Ao passo que, as políticas de Estado no tocante à segurança pública são as que buscam combater a desigualdade social e proporcionar o desenvolvimento nacional e a melhoria no e do sistema carcerário nacional, por exemplo.

Para tanto, o funcionamento das políticas públicas se condiciona ao “estabelecimento de prioridades e metas (resultados a serem atingidos ao longo do tempo), previsão de recursos, distribuição de encargos entre os entes Federados e os diferentes Ministérios e Secretarias etc.” (DUARTE, 2015).

Ao que parece falta planejamento e gestão governamental para a execução de políticas públicas, ora o Estado está exacerbado em leis, ora não possui orçamento, todos sabem das dificuldades da máquina pública, mas sabem que criteriosamente, em havendo organização é possível, com o tempo, obter um resultado final produtivo e viabilizar o que se pretende.

As administrações públicas dos países desenvolvidos e dos que aspiram ao desenvolvimento devem muito de sua substância ao velho sonho do progresso, um sonho de fundo democratizante, pois o progresso seria a forma de promover a redenção das camadas sociais excluídas do bem viver. Diferentemente do mito do progresso, o conceito de desenvolvimento permite operacionalização por meio de políticas públicas decididas pelo conjunto de atores sociais. Cabe elaborá-las, implementá-las e avaliá-las para preencherem sua função no mundo concreto do aqui e agora (HEIDEMANN, 2009).

Desta feita, o progresso é um fim e deve ser um fim do Estado, porém o progresso é um ideal para o futuro, o meio para atingi-lo é o desenvolvimento, o qual consiste em ações no presente que permitam melhorar a qualidade de vida das pessoas e minorar as desigualdades sociais. Para que se chegar ao progresso, o desenvolvimento se dá a partir de políticas públicas, que devem ser criadas, executadas e concretizadas, garantindo-se e assegurando-se, então, direitos, que presentes implicarão na diminuição das desigualdades.

Portanto, a atuação social, mais que isso a ação de todos, do governante ao povo é imprescindível, posto que todos podem e devem atuar para a melhoria do sistema penal e carcerário, a partir dos preceitos e valores constitucionais, com a finalidade de efetivar direitos, especialmente por meio das políticas públicas.

6. CONCLUSÕES

A ADPF 347 e o julgamento da medida liminar intentada pelo Supremo Tribunal Federal retratam a realidade da segurança pública brasileira: falta dignidade, falta integridade e respeito aos presos, faltam-lhes direitos fundamentais assegurados, falta estrutura prisional, falta um sistema penal interpretado a luz da Constituição de 1988, falta interesse público, qual seja, interesse e preocupação social, governamental e legislativa.

Em meio a tantas abstenções e inocuidades, há um instrumento capaz de preencher e assegurar dignidade, respeito, integridade, estrutura e interesse: as políticas públicas. Entretanto, elas envolvem ações, ações governamentais, ações sociais e ações legislativas, as quais são necessárias, dado o crescimento da violência, da criminalidade e do encarceramento no país, o que prejudica tão só o Brasil e o brasileiro de se tornarem uma sociedade justa, fraterna, igualitária e organizada, que almeja sempre o desenvolvimento e o progresso.

O conflito é inevitável e sempre existirá, a desigualdade social é uma luta diária a ser

combatida, bem assim o é a segurança, direito e dever de todos, indivíduo, cidadão, governo, legisladores e juízes, a qual para ser assegurada depende apenas da cooperação entre aqueles que a detém como um direito e dever.

Não garantir segurança implica não apenas no retrocesso social, como se vê, porque cada vez mais a desigualdade social aumenta, as oportunidades diminuem, a criminalidade passa a ser cogitada e é majorada, a sua punição é repressiva e cruel, bem como o ambiente carcerário, além de não respeitar a Constituição, passa a “formar mais e mais criminosos”, não cumprindo com a sua finalidade punitiva, e também ressocializadora, em prol da reintegração e reinserção social do ex-detento.

Portanto, para atingir o progresso, o desenvolvimento e a segurança são necessárias políticas públicas que contem com a cooperação de todos os órgãos, poderes, cidadãos, que em seu âmbito de atuação, observando a necessidade, a dignidade humana, e o orçamento, mediante o planejamento e a repartição de ações e atribuições realizem-nas. Sendo este o melhor e mais eficiente caminho possível para elaboração, implementação e efetivação de boas e eficientes políticas públicas.

7. REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

BEATO FILHO, Cláudio C. Políticas públicas de segurança e a questão policial. *São Paulo em Perspectiva*, v. 13, n. 4, 1999, p. 13-27.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 14 de abril de 2017.

_____. Governo Federal. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Brasil Mais Seguro.* Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/programas-1/brasil-mais-seguro>>. Acesso em 11 de junho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos*, 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

_____. Quadro de referência de uma Política Pública: Primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Mantins; BRASIL, Patricia Cristina. *O Direito na Fronteira das Políticas Públicas*. São Paulo: Páginas & Letras Editora e Gráfica, 2015, p. 7-11.

CARVALHO, Vilobaldo Adelídio de; SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. *Katálisis*, v. 14, n. 1, jan./jun. 2011, p. 59-67.

DUARTE, Clarice Seixas. Para além da Judicialização: a necessidade de uma nova forma de abordagem das Políticas Públicas. SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Mantins; BRASIL, Patricia Cristina. *O Direito na Fronteira das Políticas Públicas*. São Paulo: Páginas & Letras Editora e Gráfica, 2015, p.13-18.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Políticas de Segurança Pública: questionamentos preliminares. SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Mantins; BRASIL, Patricia Cristina. *O Direito na Fronteira das Políticas Públicas*. São Paulo: Páginas & Letras Editora e Gráfica, 2015, p. 23-27.

HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UNB, 2009, p. 23-39.

HÖFLING, Eloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, v. 21, n. 55, 2001, p. 30-41.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *SISTEMA PENAL COMO ESPELHO SOCIAL*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3307.pdf>>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; OLIVEIRA, Samyle Regina Matos. A Falácia da Ideologia Ressocializadora da Pena de Prisão: Análise do Sistema Carcerário Brasileiro. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, v. 1, n. 1, 2015, p. 400-420.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; GRAVA, Guilherme Saraiva. *O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Guilherme_Saraiva_Grava/publication/303721880_O_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_das_prisoas_brasileiras_a_ADPF_347_e_o_papel_do_STF_na_elaboracao_e_implementacao_de_politicas_publicas/links/5755c7c108ae10c72b66e9a7.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

SANTOS, Cristiane Faria Rodrigues dos. Poder Judiciário: Segurança Pública e Administração Penitenciária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 131/2017, 2017, p. 403-445.

A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Isabele Zamai GALDEANO¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a evolução dos direitos humanos constantes em tratados do sistema regional americano de. Serão explorados os mecanismos utilizados para auferir se os direitos constatantes estão sendo garantidos e protegidos pelos Estados-partes. Partindo da diferenciação entre conceitos de vigência, validade e eficácia da legislação interna de um país, bem como excluindo-se a possibilidade do controle de constitucionalidade, o presente artigo demonstrará formas de averiguar a adequação do sistema normativo interno brasileiro com as obrigações assumidas internacionalmente, denominado esse exercício de “controle de convencionalidade”. Para tanto, analisará o controle feito pela Corte Internacional de Direitos Humanos e os imperativos que ela atribui aos Estados. Em seguida, estabelecerá o controle de convencionalidade interno, sua forma e extensão, assim como suas consequências. Por fim, apresentará proposições para evoluir, questionando-se formas pouco discutidas e aplicadas dentro do controle de convencionalidade interno.

PALAVRA-CHAVE: Tratados Internacionais. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Antinomias. Controle de Convencionalidade.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the evolution of human rights contained in treaties of the regional protection system of the American continent. The work will explain the mechanisms used to determine whether the rights tutored are being guaranteed and protected by the States Parties (member-states). Starting from the differentiation between concepts of legal validity, period of validity and legal effectiveness of domestic legislation of a country, as well as Will demonstrate ways of ascertaining the adequacy of the Brazilian internal regulatory system with internationally accepted obligations, Excluding the "constitutionality review", naming this exercise of "conventionality control". To do so, it will analyze the control made by the Inter-American Commission on Human Rights and the orders (imperatives) that it attributes to states. Ensee, Will establish the domestic "conventionality control", Your molds and extension, As well as its consequences. Finally, it will present propositions to evolve, questioning ways few discussed and applied within the domestic "conventionality control".

KEY-WORDS: International Law. Human rights. Fundamental rights. Antinomies. Conventional Control.

1. INTRODUÇÃO

“Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos” (BOBBIO, 2004, p.5). Surgem, inevitavelmente, de lutas de classes que conquistam,

1 Graduanda em Direito pela Instituição de Ensino Toledo - UNITOLEDO - Araçatuba/SP. cursando o 10º semestre. Membro do Grupo de Pesquisa do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Estagiária do Ministério Público do Estado de São Paulo. Aprovada no XXII Exame da Ordem, enquanto cursava o 9º semestre, fazendo a segunda fase em Direito Penal.

diuturnamente, pequenos avanços que só se abstêm quando o arcabouço legal se mostra suficiente para proteção jurídica positivada dos direitos pretendidos.

Um tratado internacional ratificado integra o ordenamento jurídico. Tanto é assim, que “no sistema jurídico brasileiro, o tratado internacional, regularmente concluído, é fonte de direito” (FRAGA, 2001, p.127), tornando-se imperativo para que o executivo promova políticas públicas para sua efetiva aplicação; o legislativo edite leis com finalidade de garantir os direitos ali previstos; e o judiciário a observe na resolução dos conflitos a que lhe são submetidos.

Diante dos direitos positivados (interna e internacionalmente) surgem dificuldades práticas, operacionais, financeiras, políticas, hermenêuticas e de outras naturezas. Partindo da lição de Jorge Miranda (apud PIOVESAN, 2015, P.124), de que “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê”, e não excluindo de tal interpretação a realidade da existência de direitos fundamentais conflitantes no caso concreto, passa-se a analisar o caminho a ser percorrido pelo operador do direito para que não incorra em violação de direitos decorrentes da forma utilizada para aplicar a norma no momento em que se depara com direitos fundamentais conflitantes

Ao se deparar com um conflito de direitos fundamentais, deve ser automática a invocação do princípio absoluto da dignidade da pessoa humana, visto que “é a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete”, pois “é a primeira garantia das pessoas e última instância de guarda dos direitos fundamentais” (NUNES, 2002, p.45 e 52).

O exercício de adequar as normas constitucionais e infraconstitucionais às obrigações assumidas internacionalmente por um Estado ao ratificar um tratado consiste na compatibilização horizontal e vertical, constituindo em verdadeiro diálogo das fontes². Dialogar entre as fontes jurídicas é mais do que harmonizar a legislação com o intuito de proteger a pessoa humana. É superior a possibilidade de retirar lei por sua invalidade. É promover e garantir os direitos inerentes a qualquer ser humano.

A declaração de invalidade da norma interna por colidir com norma internacional acarreta a não aplicabilidade e carência de eficácia, sem, contudo, retirar-lhe a vigência. Desta forma, ela continuará viva, mas com o rótulo de inutilidade.

A validade está intimamente ligada ao conteúdo da norma quando se adequa substancialmente à norma interna e internacional superior, enquanto sua vigência liga-se mais

2 A ausência da CRFB como paradigma de tal controle concomitantemente a presença de uma fonte legislativa e jurisprudencial internacional e um fonte interna exclui a possibilidade de chama-la de controle de constitucionalidade.

precisamente às formalidades necessárias para sua edição. Por último, e não menos importante, a eficácia relaciona-se com a realidade social produzida pela norma. Caso a realidade esteja condizente com aquela almejada pelo legislador ao editar a norma, poderá ser considerada eficaz. Não obstante a norma seja considerada eficaz, vez que corresponde a realidade social pretendida na sua elaboração e vigente, tendo em vista que atende às formalidades exigidas, só será válida e conseqüentemente aplicável pelo Poder Judiciário quando estiver compatível com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Estado.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VETOR ESSÊNCIAL PARA SOLUCIONAR CONFLITOS.

A princípio, cumpre salientar que os direitos humanos quando previstos na Carta Magna do Estado passam a serem denominados direitos fundamentais.

No direito brasileiro, desde a promulgação da primeira constituição em 1824 até a atual Constituição da República de 1988, doravante CRFB – não se excluindo sequer as constituições vigentes durante a ditadura Vargas e a ditadura militar – continham um rol de direitos fundamentais expressos.

Em uma ordem cronológica com o objetivo de concatenar as informações para que seja possível analisar as mudanças –não necessariamente evoluções- no ordenamento jurídico brasileiro no decorrer de sua história, resta estabelecer breves especulações com o intuito primordial de alcançar os valores e as disposições da Carta Magna.

A Constituição de 1824 preocupou-se em prever a inviolabilidade dos direitos civis e políticos que possuem íntima conexão com a liberdade e propriedade, valores que demonstravam total incongruência com o momento histórico vivido pelo Brasil Imperial, em que o voto era censitário e a escravidão era permitida. Em 1891, os direitos contidos na constituição anterior se mantiveram e externou que o rol previsto era exemplificativo e não excluía os demais direitos ali não elencados.

Em 1934 ocorreu a ampliação para incluir os direitos sociais, bem como possibilitou o reconhecimento de direitos decorrentes dos princípios adotados, enquanto em 1937 regrediu-se no sentido de prever direitos humanos como uma tentativa inócua de esconder o período ditatorial em que se encontravam denotando a superioridade da razão estatal sobre os demais direitos.

Com o reestabelecimento da ordem democrática em 1946, a lei maior voltou a prever direitos e garantias individuais e pessoais; entretanto, com o golpe militar e a constituição de

1967, os direitos previstos voltaram a ser fachada e estavam distantes da realidade, haja vista que no próprio corpo constitucional existia a previsão de uma “clausula de indeterminada de abuso de autoridade”, que autorizava a supressão dos direitos individuais pelo prazo de dois a dez anos.

Com a redemocratização e o receio de mais um retrocesso, a Constituição da República de 1988 previu sobremaneira direitos e garantias individuais levando-se a ser conhecida como “Constituição Cidadã”.

A dignidade da pessoa humana, que foi pela primeira vez positivada no ordenamento jurídico brasileiro, também foi eleita como fundamento da República Federativa do Brasil conforme se verifica no artigo primeiro da lei que a constituiu. Paulo Bonavides (2008, p.231) desde logo reconheceu que:

A dignidade da pessoa humana desde muito deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência buscava ora na razão divina ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássicos e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma, do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais.

Entretanto, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República não foi o único grande aspecto trazido pela Carta Magna. Ela inaugurou o novo ordenamento jurídico brasileiro: repleto de direito e garantias constitucionais pautado no princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais, previsto no parágrafo 2º, do artigo 5º da CRFB (SOUZA e CAVALCANTI, 2010, p333):

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do juspositivismo abriram caminho para o surgimento de uma corrente do pensamento jurídico que a doutrina convencionou chamar de pós-positivista, pela qual a norma jurídica compreende tanto as regras quanto os princípios; estes, verdadeiros axiomas, devem nortear o intérprete do direito na aplicação da norma conforme o caso concreto. Essa relação entre valores, princípios e regras constitui objeto de estudo da *nova hermenêutica constitucional* e da *teoria dos direitos fundamentais*, erigida sobre o fundamento do princípio da dignidade humana.

Desta forma, convém mencionar que os direitos fundamentais legítimos não se restringem aos previstos na Lei Maior, mas são incluídos também aqueles que se enquadram por seu aspecto materialmente fundamental, ainda que fora do rol constitucional. Assim, os direitos humanos não rotulados podem ser direitos fundamentais diante de uma análise principiológica, vez que “sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana” (MENDES e BRANCO, 2015, p.171).

Previu ainda a prevalência dos direitos humanos em suas relações internacionais residindo nesta determinação o impulsor que levou o Brasil a, logo após a promulgação da Constituição, ratificar os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos

Econômicos, Sociais e Culturais e à Convenção para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção Americana de Direitos Humanos- CADH, a qual reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos - CtIDH, conduta que induz a reafirmação e demonstração o universalismo relacionado aos direitos humanos.

Em análise mais detalhada, verifica-se que somente após mais de 30 anos de sua edição, em 1992, com a redemocratização do Estado brasileiro, foi ratificada a Convenção Americana de Direitos Humanos e, apenas em 1998, foi reconhecida a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Estado brasileiro. Firmou-se, com isso, um grande paço galgado no cenário internacional ao assumir obrigações e implementar ao arcabouço legal fonte internacional de direito, trazendo consigo ares evolutivos, mas ainda problemáticos: a grande probabilidade de colidir os direitos positivados.

Inexoravelmente, antes de resolver o conflito entre normas de direito internacional e a legislação doméstica, deve-se analisar a hierarquia normativa delas para então prosseguir com a solução de conflito.

Doravante, considerar-se-á os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro como sendo materialmente constitucionais, por força do parágrafo 2º, do artigo 5º, ou formalmente constitucionais, quando aprovados na forma estabelecida no parágrafo 3º, também do artigo 5º da CRFB³. Tal afirmação decorre das próprias palavras da Constituição, como afirma Flávia Piovesa (2015, p.118):

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionais protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.

Desta forma, a equivalência normativa entre um direito resguardado em tratado internacional de direitos humanos e na Carta Magna, ambos, conforme retro mencionados, pautados no valor supremo da dignidade da pessoa humana, exige, no caso de conflito, uma solução que mais salvaguarde o ser humano, usando-se, para tanto, o princípio de

3 Considerando completamente equivocado o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal que considerou norma supralegal o tratado de direitos humanos que não fora aprovado com o quórum estabelecido pelo § 3º, do artigo 5º da CRFB (tese que ficou clarividente no voto do Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343/SP sobre a prisão civil do depositário infiel).

hermenêutica internacional denominado pro homine, com previsão expressa no artigo 4º, inciso II, da CRFB.

Utilizar-se do princípio pro homine, significa ser orientado pela primazia da norma mais benéfica ao ser humano, ou seja, aquela que lhe conceda maior amplitude de direitos, valores e garantias fundamentais. Por corolário, esta se torna a maneira mais eficaz de proteger a dignidade humana. Insta salientar que “as normas contidas nos tratados somente podem derogar (implicitamente) as previstas no texto da Constituição caso sejam mais favoráveis à proteção dos Direitos Humanos” (MOREIRA, 2015, p.168).

A noção de dignidade é captada com acuidade ímpar por Ingo Wolfgang Sarlet (2012, e-book), para quem a dignidade da pessoa humana é

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Da noção trabalhada por Sarlet, se extrai que a dignidade humana é uma expressão do respeito e valor que deve ser atribuído a cada ser humano por conta de sua humanidade, ou seja, à proteção e respeito que se deve conferir pela simples essência ou natureza do ser humano per se, isto é, pela substância da humanidade. André de Carvalho Ramos (2016, p.77) explica que:

Tanto nos diplomas internacionais quanto nacionais, a dignidade humana é inscrita como princípio geral ou fundamental, mas não como um direito autônomo. De fato, a dignidade humana é uma categoria jurídica que, por estar na origem de todos os direitos humanos, confere-lhes *conteúdo ético*. Ainda, a dignidade humana dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer.

Sobre a ética que deve orientar os direitos humanos, Flávia Piovesan (in DIAS et al, 2014, p. 09) explica ser

a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano.

A CRFB, em seu parágrafo 2º do artigo 5º não apenas declara que o rol de direitos fundamentais não está exaustivamente positivado como considera tratados de direitos humanos ratificados pelo estado brasileiro como materialmente constitucionais. De igual forma, a CADH, em seu artigo 29, determina que a sua interpretação jamais pode ser realizada como meio de restringir algum direito ou liberdade reconhecido na legislação

interna de um Estado. Resta patente que os direitos internacionais e internos se completam, e não possuem qualquer tarefa de subsidiariedade uns sobre os outros, emitindo em suas letras voz uníssona quanto predominância da norma cuja amplitude preserve sobretudo o sujeito que a ela subsumido.

Destarte, diante da constatação de que os direitos tendentes a proteção e promoção da dignidade humana se complementam, qualquer conflito deve ser resolvido pela prevalência da norma mais benéfica ao ser humano, pois só assim sua dignidade será respeitada, cumprindo-se com o dever primordial do Estado Democrático de Direito, vetor principal para alocar as ações estatais.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O Controle de Convencionalidade nasceu simultaneamente ao marco dos inícios das atividades da Corte Interamericana de Direito Humanos, precisamente no dia 18 de julho de 1978.

Com sede em San José da Costa Rica, a Corte é órgão jurisdicional do sistema interamericano de direitos humanos e possui a natureza de tribunal supranacional, competente para julgar violações de direitos humanos perpetrados por Estados-partes da Convenção Americana de Direitos Humanos e que tenham ratificado expressamente a competência contenciosa da Corte (cláusula facultativa da jurisdição obrigatória⁴), conforme é exigido pelo artigo 62 da CADH.

Em verdade, apesar de criada na referida data, sua regulamentação só se fez presente com o seu Estatuto, que começou a sua vigência no dia 1º de janeiro de 1980, sendo efetivamente iniciando as atividades em data posterior a sua criação⁵.

A CtIDH materializa-se em um órgão de natureza judicial independente e autônomo, incumbindo-lhe a aplicação e interpretação da Convenção americana de Direitos Humanos, com funções bifurcadas: competência consultiva, que abrange todos os Estados que ratificaram a CADH e competência contenciosa, que exige uma ratificação expressa no sentido de se submeter ao seu julgamento. Nas palavras do ilustre André de Carvalho Ramos (2002, p.228):

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial internacional, que,

4 Transcrita no artigo 62, I, da CADH, versa sobre a possibilidade do Estado se manifestar aceitando ou não ser julgado pela Corte, pressupondo que a aceitação da competência jurisdicional impõe ao Estado o dever de cumprir toda decisão que dela advier, seja de cunho interpretativo, seja na forma considerada sobre a sua aplicação.

5 Distinção feita por mero apego a limpidez das informações transcritas.

de acordo com o artigo 33 da Convenção Americana, *é competente para conhecer casos contenciosos quando o Estado demandado tenha formulado declaração unilateral de reconhecimento de sua jurisdição*. Além disso, pode ser acionada por qualquer país membro da OEA para interpretar *norma relativa a tratados de direitos humanos no seio interamericano*.

Submetido um caso de violação de direitos humanos por um Estado-parte ou pela Comissão, poderá reconhecer tal violação e, caso assim se entenda, responsabilizará o Estado violador, impondo-lhe medidas necessárias para a reparação do direito, o que inclui, grande parte das vezes, a fixação de indenização monetária a vítima, seja por omitir-se diante da situação, seja por ter sido considerado o próprio executor do ato capaz de violar direitos previstos nos tratados internacionais.

A responsabilização estatal leva em consideração que o Estado se obrigou a cumprir o que ratificara, não podendo restringir sua obrigação colocando-se como garante, devendo ser estendida aos deveres de prevenção e investigação.

A Corte, diuturnamente e desde os primórdios de sua atuação, realiza o controle de convencionalidade vez que se mostra inerente às funções que exerce. Assim, em sua capacidade jurisdicional, julga controlando os atos estatais utilizando-se como paradigma a CADH e demais tratados do sistema regional americano de direitos humanos. De igual forma, ao visualizar sua competência consultiva, mostra-se porta-voz deste mesmo sistema quanto à interpretação a ser dada a uma norma presente em seu aparato legislativo, explicitando a forma de interpretá-la e demonstrando, de forma imperiosa, como não violá-la.

Apesar desse controle sempre ter estado presente na atuação da Corte, ele só surgiu com o escopo dessa expressão (controle de convencionalidade) no caso *Myrna Mack Change Vs. Guatemala*, em 2003, considerado como controle próprio, original ou externo.

4. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA E PROPOSTAS PARA EVOLUIR

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, durante seu exercício rotineiro de controle de convencionalidade dos atos estatais submetidos a sua apreciação, tendeu-se a transpassar o dever desse controle às atividades jurisdicionais dos Estados que a ratificaram para serem feitos de maneira interna, ou seja, dentro da jurisdição interna.

O controle de convencionalidade interno, considerado aquele a ser exercido dentro sistema jurisdicional nacional, foi inaugurado na jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 26 de setembro de 2006, no julgamento do Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, especificamente no parágrafo 124 da sentença, traduzido e transcrito por Valério Mazzuoli (2014, p.209) como *ratio decidendi*:

Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde seu início careçam de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O caso Almonacid Arellano e outros Vs Chile mostrou-se como sendo a jurisprudência inaugural em que foi atribuído ao Estado o dever de controlar seus atos e leis e verificar sua compatibilidade com as obrigações assumidas internacionalmente, bem como desencadeou sucessivas decisões no mesmo sentido⁶.

Insta salientar que o controle de convencionalidade a ser exercido pelo Estado não restringe como norma paradigma a CADH, mas abrange as demais tratados internacionais por ele ratificado. Este entendimento decorre da interpretação lógica da própria Convenção: em seu artigo 64, §1º, é atribuída à CtIDH a interpretação não apenas da Convenção, mas também “de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”.

Desta forma, fica visível que todos os tratados que a CtIDH possui competência *ratione materiae* para interpretar e julgar, cabe igualmente ao Estado utilizá-lo em seu controle de convencionalidade interno, vez que constitui “bloco de constitucionalidade”, formando o “corpus juris de direitos humanos de observância obrigatória aos Estados-partes” (MAZZUOLI, 2014, p.211).

Ressalta-se que a jurisprudência da Corte atribui ao Estado-parte o dever de realizar o controle de convencionalidade, haja vista que sucede da orde public internacional, dever este impassível de ser afastado por qualquer subterfúgio, o que acarretaria sua responsabilidade internacional.

Conforme, a jurisprudência internacional foi evoluindo, com ela ser tornou mais específica, casa a caso, qual a real obrigação dos Estados, sua abrangência e o modo a ser feita: no Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru (j. e 24/11/2006) foi

6 Meses depois, A corte reiterou seu entendimento sobre o dever estatal de realizar o controle de convencionalidade no Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru (j. em 24/11/2006), momento em que lhe atribuiu especificidades: velar pela eficácia da Convenção significa realizar seu controle *ex officio*, ou seja, desvinculado de qualquer requerimento das partes nesse sentido.

decidido que o controle deve ser exercido pelos órgãos judiciais ainda que não haja provocação nesse sentido, configurando um imperativo e não faculdade, o que significa dizer que deve ser realizado sempre, *ex officio*; no Caso *Cabrera García e Manoel Flores Vs. México* (j. em 26/10/2010) foi consolidado o controle em sua jurisprudência trazendo aos autos casos em que a cúpula do judiciário dos Estados-partes afirmaram a obrigatoriedade da aplicação interna das interpretações desempenhadas pela CtIDH; por fim, no Caso *Gelman Vs. Uruguai* (j. em 24/02/2011), foi ampliado o campo de abrangência do controle, que transcenderam a obrigar os magistrados prolores de decisões, incluindo outros órgãos estatais vinculados a administração da justiça.

Estabelecidos os padrões com fulcro na jurisprudência da Corte, fixando quando, a forma, a amplitude e sua abrangência, bem sabido que os Estados-partes devem adequá-lo às suas normas processuais, resta demonstrar suas particularidades dentro do sistema jurídico brasileiro.

Como retro mencionado, o controle de convencionalidade consiste na verificação material da norma infraconstitucional vigente na legislação interna brasileira com um tratado de direitos humanos que ele tenha ratificado. Isto porquê - como também já mencionado- os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil são materialmente ou formalmente constitucionais, o que significa afirmar que dentro da hierarquia das normas, encontram-se posicionados de forma horizontal e paralela a Constituição, o que exclui essa do controle, uma vez que existindo entre eles um conflito, prevalecerá a norma que mais proteja a dignidade da pessoa humana, em virtude da aplicação do princípio *pro homine*.

Superadas tais constatações propostas para delimitar o controle de convencionalidade das normas brasileiras, que só existirá quando verificado normas infraconstitucionais em face de normas internacionais que versem sobre direitos humanos, cabe destrinchar os processos, enunciando pontos a evoluir, bem como questões pertinentes pouco discutidas.

Em verdade, o principal meio para o controle é feito de maneira difusa –apesar de ser considerado meio excepcional-, haja vista que é possível de realização por todos os órgãos judiciais do território brasileiro e, conseqüentemente, é realizado por aqueles a quem competem julgar todas as demandas judiciais e deverão solucionar o conflito que lhes são apresentados observando não apenas as normas criadas pelo Poder Legislativo, como também apreciá-los atendendo às normas internacionais que após ratificadas, integran o aparato legal do Estado. Como bem conclui Valério Mazzuoli (2014, p.218) “o controle difuso de convencionalidade é aquele a ser exercido por todos os juízes e tribunais do País, a requerimento das partes ou *ex officio*”.

De igual forma, todos os tratados internacionais de direitos humanos podem ser utilizados como norma paradigma para esse controle, vez que a fundamentalidade dos direitos que guardam são materialmente constitucionais. Assim, dentro de um caso concreto, o juiz ou tribunal, deve verificar se as leis internas aplicáveis colidem com tratados internacionais em vigor no plano interno e internacional, e caso a colisão seja verificada e a lei interna garantir a quem a dignidade humana da norma internacional, ela deixará de ser aplicada e considerar-se-á inválida⁷, respeitando-se o princípio do pro homine. O exercício desse controle é autorizado pela Lei Maior desde sua promulgação, em 1988, e é dever do Poder Judiciário promovê-lo, conforme ordena a jurisprudência da CtIDH, sob pena de incorrer em responsabilidade internacional.

Embora manifesto, é de bom alvitre ressaltar que, em razão da matéria versada em tratados de direitos humanos que lhes garantem paridade hierárquica à Constituição, é inadmissível servir-se da especialidade ou temporariedade das normas como meio de solução de antinomias. Tais métodos só funcionaram quando diante de normas conflitantes de mesma hierarquia, o que nunca ocorrerá entre uma lei infraconstitucional e uma norma garantidora de direitos humanos.

Não obstante ao controle difuso de convencionalidade a ser realizado em todo o território nacional, em qualquer instância, seja na justiça comum ou na especializada, e Emenda Constitucional nº45/2004, acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º, e possibilitou que um tratado internacional aprovado com o quórum qualificado⁸, ingressasse no sistema legal brasileiro com status equivalente a uma emenda constitucional. À vista disso, por ser considerado, além de materialmente constitucional em virtude da matéria disposta, é considerado formalmente constitucional, outorgando o exercício do controle concentrado de convencionalidade, importante marco vez que produz efeitos erga omnes e não inter partes, como ocorre na via difusa.

Seguindo a processualística brasileira, ela ocorrerá nos mesmos trilhos do controle de constitucionalidade: será realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, que dependerá da provação de um dos legitimados constantes no rol do artigo 103 da Constituição da República, e é cabível as mesmas ações do controle de constitucionalidade, alterando-se a denominação para corresponder a alteração do paradigma, assim: ação direta de inconvencionalidade, ação declaratória de convencionalidade, arguição de descumprimento

7 Permanecerá vigente, pois decisões judiciais não possuem o condão de revogá-la, mas invalidadas por violarem norma jus cogens.

8 Exige a aprovação em ambas as Casas do Congresso Nacional, por dois turnos, com ao menos 3/5 dos votos favoráveis.

de preceito fundamental (no caso de lei anterior à ratificação do tratado) e ação direta de inconvencionalidade por omissão. Esta, mostra-se como valioso instrumento para buscar e efetividade de um tratado internacional que, apesar de válido no plano interno, carece de ato normativo que lhe conceda efetividade.

O cabimento de ações diretas para controle da convencionalidade decorre da interpretação teleológica da constituição. Como a EC 45/2004 viabilizou que os tratados internacionais de direitos humanos fossem formalmente constitucionais, isto é, equivalentes a emendas, o artigo 102, da CRFB, dispõe que incumbe ao Supremo Tribunal Federal a sua guarda, deve-se interpretar a expressão “guarda da Constituição”, como seu próprio texto e demais a ele equivalente. Segundo o precursor do controle de convencionalidade na doutrina brasileira (MAZZUOLI, 2014, p.217):

A partir da EC 45/2004, é necessário entender que a expressão “guarda da Constituição”, utilizada pelo art. 102, I, a, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação, como é o caso dos tratados de direitos humanos...

Traçadas as formas de controle de convencionalidade, de fácil visualização e pouca aplicação prática, resta concreta a possibilidade de usar uma norma constante em um tratado internacional de direitos humanos como paradigma do controle de convencionalidade para atestar a compatibilidade vertical entre ela e a legislação doméstica infraconstitucional.

Indubitavelmente, ainda que não aplicada, é tarefa simples subsumir a norma ao caso concreto. Aplicá-la não deixa de ser grande avanço, mas consiste em exercício vulnerável a violações de direitos humanos. Não basta aplicar uma norma internacional, mesmo que detrimento de uma legislação interna considerada inválida pelo controle de convencionalidade, pois ainda assim pode haver um desalinho interpretativo e a forma em que a norma foi aplicada -oriunda de um tratado internacional- pode contrariar o que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos julga necessário para proteger e promover o direito nela constante.

A interpretação de uma norma é o objetivo precípua da criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do artigo 1º de seu Estatuto. Isso significa que a Corte, seja no exercício de sua função consultiva, seja exercendo seu contencioso, tem como objetivo interpretar a CADH. Tal interpretação personifica os ideais do Sistema Americano de Proteção aos Direitos Humanos sobre determinada norma, demonstrando o caminho a ser percorrido pelo Estado para aplicá-la de maneira correta.

Usar a interpretação ora feita pela CtIDH torna mais factível que o juiz ou tribunal, seja no controle de convencionalidade difuso ou no concentrado, utilize-se de norma

internacional e permaneça violando o direito humano nela resguardado.

Propõe-se, portanto, que seja utilizado a *ratio decidendi* de uma sentença ou opinião consultiva emitida pela CtIDH, interprete oficial do sistema interamericano de proteção, como paradigma do controle de convencionalidade. Cumpre salientar que a *ratio decidende* como proposta de paradigma para o controle não se restringe às questões interpretativas de normas pontuais, mas abrange a utilização da fundamentação do caso para um caso análogo em que o judiciário se depare durante suas atividades, vez que assim diminuem-se as chances de incorrer em violações em razão de uma interpretação equivocada da norma internacional.

Ponderando ainda que o controle de convencionalidade segue a processualística brasileira do controle de constitucionalidade, e ciente que a jurisprudência da CtIDH impões apenas aos prolores de decisões judiciais e os órgãos auxiliares da justiça, mostra-se cabível e positivo aos jurisdicionados e cidadãos, que exija-se o controle de convencionalidade preventivo, a ser feito pelas Comissões de Constituição e Justiça criadas para evitarem que nasça no mundo jurídico lei que contrarie a constituição ou tratado internacional de direitos humanos ratificados pelo Estado, vez que a ela equivalem,

Fazendo um adendo a fim de colaborar com a perspectiva da necessidade de evoluir implementando um controle de convencionalidade preventivo, resta constatar que um tratado de direitos humanos passa pela aprovação de ambas as casas do Congresso Nacional, mesmo Poder que posteriormente deverá realizar tal controle. Destarte, mostra-se no mínimo controverso que seus membros editem uma lei contrária a uma um tratado internacional por eles aprovado.

No que tange ao controle concentrado de convencionalidade, propõe-se não apenas que seja feito com as leis infraconstitucionais, mas que seja feito também para o caso de emendas constitucionais editadas após a ratificação do tratado formalmente constitucional, vez que dentro da abrangência temporal (*ratione temporis*) devendo-lhe obediência. Desta forma, uma emenda constitucional posterior a um tratado internacional aprovado com a regra do parágrafo 3º, do artigo 5º, da CRFB, que venha o contrariar deverá ser objeto de ação direta de inconvencionalidade, benéfica em razão de seu efeito ser *erga omnes*.

CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou os direitos humanos protegidos por tratados internacionais e a principal forma de impedir sua violação ou, ainda que violados, sejam reconhecidos e, conseqüentemente, reparados: o controle de convencionalidade das leis infraconstitucionais de Estado-parte.

Foram analisados o controle de convencionalidade em seus dois âmbitos: em sua forma originária, exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; interno, realizado por todos os juízes e tribunais do Brasil, bipartindo-se em sua forma difusa e concentrada.

Verificou-se que primordialmente, seja qualquer forma solução de conflito adotada, sempre prevalecerá a norma que melhor proteja e promova a dignidade da pessoa humana, em atenção ao princípio do pro homine. Assim, caso a norma internacional não prevaleça, será afastada do caso concreto, mas subsistirá quando sua aplicação for a que melhor promover a dignidade humana, vez que uma norma internacional de direitos humanos é considerada pela Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados como norma jus cogens, não passível de derrogação, podendo apenas ser modificada por ulterior norma de mesma natureza, nos termos de seu artigo 53. Entretanto, se a norma internacional prevalecer sobre a constitucional, esta será implicitamente derogada, deixando de ser aplicada, ainda que aparentemente presente no texto da Lei Maior. Por derradeiro, uma lei infraconstitucional que viole um direito internacional ratificado será completamente rechaçada com um manto de invalidade. Embora seja certo que grandes conquistas ocorreram em razão do Brasil ter adotado a CISDPD, verificou-se também que ainda existem muitos desafios e obstáculos a serem superados para que seja alcançado o propósito maior da Convenção, consistente em proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

A solução de conflitos entre normas, tanto na jurisdição internacional quanto na jurisdição interna, deve ser feita em atenção à dignidade da pessoa humana, e a não realização do controle de convencionalidade por um Estado-parte enseja sua responsabilização internacional, vez que constitui não cumprimento as obrigações assumidas ao ratificar um tratado internacional.

Espera-se que as considerações discorridas assevere a importância do controle de convencionalidade como meio de proteção e promoção dos direitos atinentes a pessoa humana, do mesmo modo que as proposições de evolução no controle de convencionalidade materializem-se em mais novos instrumentos para sua proteção.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

- BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. 3. ed São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Access of Individuals to International Justice. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, e-book.
- DEL´OLMO, Florisbal de Souza. Curso de Direito Internacional. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011
- DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Orgs). Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Brasília: SNPD/SDH-PR, 2014.
- FRAGA, Mirtô. O Conflito entre o Tratado Internacional e Norma de Direito Interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro.
- GUERRA, Sidney. Direito Internacional dos Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Abril, v. XXV, 1974 (Col. Os Pensadores).
- KIM, Richard Pae. O Conteúdo Jurídico de Cidadania na Constituição Federal do Brasil. In: MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae. (Coords.). Cidadania. O novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos. São Paulo: Atlas, 2013.
- MAZZUOLI; Valério de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. Direito dos Tratados. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. Editora Malheiros, 3ª ed, 8ª tiragem.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENEGUETTI, Luciano. A Concretização dos Direitos Fundamentais do Idoso no Ambiente do Neoconstitucionalismo: uma análise do Benefício de Prestação Continuada (BPC). In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 10, p. 31-100, jul./dez. 2011.
- MOREIRA, Thiago Oliveira. A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira. Natal, RN : EDUFRN, 2015, p.168.

NUNES, Rizzato. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15. ed. São Paulo, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, e-book.

A GARANTIA DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR ÀS CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA: FORTALECIMENTO DA FAMÍLIA NATURAL E ADOÇÃO ESPECIAL

Laísa Fernanda CAMPIDELLI¹

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a garantia da convivência familiar à criança com deficiência por todos os meios hábeis a promovê-la, seja com o auxílio estatal a família natural ou a adoção especial. Em um primeiro momento, o trabalho procurou demonstrar como são suprimidos os direitos da criança com deficiência, levando-as muitas vezes – por necessitarem de mais cuidado e de uma boa situação econômica –, a serem entregues a instituições de acolhimento. Nesse contexto, buscou-se demonstrar a necessidade de que o Estado fortaleça as famílias, auxiliando-as, para que a ausência dele não culmine no abandono familiar ou, ainda, na coação a essa prática em virtude do despreparo econômico dos pais para enfrentar a condição da criança. Tentar-se-á demonstrar, dessa forma, que o Estado tem condições de prevenir o abandono dos filhos por parte das famílias e que, em casos nos quais não haja condições para isso, promova-se a adoção dessa criança com todas as suas especificidades. O trabalho propõe medidas promotoras dessas adoções necessárias, tendo como seu principal objeto o mecanismo da busca ativa, o qual preserva o direito à convivência familiar, dando a muitas crianças o direito a um lar.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção especial. Busca ativa. Políticas públicas.

ABSTRACT

This essay looks to analyse the warranty of family coexistence to the defficient children through all the able means to do it, could it be the state assistance, the natural family or special adoption. In a first moment, the work tries to demonstrate how the rights of the defficient children are vanished. As long as they need help and good financial conditions, the children are being taken to assistencial institutions. In this scenario, we tried first to demonstrate the necessity of the State to strenghten the families and help them, for their lack not to end in family abandon, or in the coercion to this practical due to economic misprepare in facing the child's condition. This way, we'll try to demonstrate that the State has conditions to prevent family abandon and, in case of impossibility, the State should promote the child's adoption with all its specifications. This essay proposes measures that make easier these needed actions, which protects the right to family living and give them the right to have a home as well.

KEY-WORDS: Special adoption. Active search. Public politics

INTRODUÇÃO

A situação das crianças com deficiência no Brasil deve ser objeto de intervenção

1 Estudante de Direito na Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista de Iniciação Científica da Fundação Araucária (PR). Membro do Grupo de pesquisa GP CERTOS : Constitucional, Educacional, Relações do Trabalho e Organizações Sociais e do Grupo de pesquisa Violência: entre feminismo e infância. Tem interesse na área de Direito, com ênfase em Direito Civil. Pesquisa principalmente os seguintes temas: direitos e garantias fundamentais, direito de família e políticas públicas. Contato: laisacampidelli@gmail.com

estatal, pois deve-se prezar que elas permaneçam na família natural e somente em situações excepcionais sejam encaminhadas para adoção. Este trabalho relata os desafios que devem ser assumidos pelo Estado para que, em caso de necessidade de adoção, os interessados os quais, em sua maioria, buscam o filho idealizado, – isto é, ainda bebê, saudável e de cor branca –, tenham seus estigmas vencidos. O poder público se esquece de que essas crianças crescem nas instituições de acolhimento sem ter seu direito à convivência familiar garantido.

De início, buscar-se-á demonstrar a importância da família, considerada inclusive como um direito fundamental e correlacionada ao respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Na sequência, estudou-se o disposto na lei 12.010 de 2009, a qual é popularmente conhecida como lei da adoção e abordaram-se os motivos que levam as famílias biológicas a ter de entregar seus filhos às instituições de acolhimento, pois a Lei é expressa na valorização da família natural, e assim o Estado deve empenhar as forças necessárias para promovê-la, o que não é a regra, infelizmente. Diante da falta de recursos econômicos imprescindíveis a uma criança com deficiência, da necessidade de trabalho para a família se manter, somadas à frequente falha do Estado com relação a itens básicos, como remédios e terapias de que essas crianças precisam, as famílias se desestruturam e não veem outra solução senão a entrega de seus filhos a instituições de acolhimento. A vulnerabilidade social é a motivadora, muitas vezes, de a família descuidar da sua função protetiva e formadora.

Dessa forma, em atenção aos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da lei 12.010/09 – Lei da adoção, o presente artigo primeiramente atenta para a necessidade de fortalecer a família natural e, somente em casos excepcionais, proceder ao encaminhamento para adoção. Para tal, propõe medidas estatais capazes de fazer com que a criança permaneça no seio familiar de origem. Observa-se que muitas vezes as políticas públicas se mostram deficientes na prática, levando ao acolhimento institucional, pois é notório que a maioria das crianças das instituições vêm de famílias socialmente vulneráveis.

Em casos em que as crianças não forem reintegradas e já estiverem dispostas para adoção, o presente estudo discorre sobre os benefícios do mecanismo da “busca ativa”, o qual supre, em muitos casos, a ausência de candidatos no Cadastro Nacional da Adoção (CNA) e proporciona a muitas crianças com deficiência um lar com amor e amparo, o qual, apesar de parecer uma realidade distante, demonstrar-se-á ser possível.

O presente trabalho utilizou o método hipotético-dedutivo, partindo de diversas experiências práticas colhidas durante a pesquisa, somando-se a esse raciocínio pesquisas bibliográficas e o histórico do instituto da adoção no Brasil.

Dessa forma, propõe-se evidenciar que o Estado deve impetrar medidas para garantir o direito à convivência familiar para todas as crianças e adolescentes, inclusive para aqueles com deficiência.

1 DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVENCIA FAMILIAR

Conforme o artigo 227 da Constituição Federal, a garantia do direito fundamental à convivência familiar de todas as crianças e adolescentes é necessária para que eles possam viver com dignidade e se desenvolver da melhor forma possível. É papel do Estado assegurar-lhes esse direito essencial, fornecendo subsídios para que isso aconteça, devendo direcionar seus serviços para a garantia do viver em família.

Luiz Antônio Miguel Ferreira preceitua como responsáveis pela efetivação desse direito fundamental: a família, a sociedade em geral, a comunidade e o Estado, ressaltando que, para que se consiga garanti-lo, todos devem agir de modo conjunto.²

Há também o entendimento de que a proteção constitucional desse direito à convivência familiar às crianças e aos adolescentes apresentou-se como um dever na Constituição Federal de 1988, conforme entendimento de Martha de Toledo Machado:

A Constituição Federal deu conformação estrutural especial aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, criando um dever de asseguramento prioritário deles, imposto aos adultos (representados no trinômio Família-Sociedade-Estado, referindo na CF 227, caput), fazendo com que esses direitos fundamentais gerem obrigações essencialmente comissivas aos obrigados.³

Assim, o constituinte demonstrou preocupação com a família, mas em especial com o crescimento saudável da criança em convivência familiar, tratando como um dever do Estado e da sociedade garanti-lo.

A vida em uma instituição de acolhimento deve ocorrer apenas em casos excepcionais, sendo necessário que os responsáveis pela garantia desse direito fundamental usem de todos os meios possíveis para assegurá-lo. Nesse sentido, foi a preocupação do legislador:

Entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição encontra-se o da convivência familiar, onde o instituto da adoção acaba sendo reconhecido como uma das formas para a sua realização. Em outras palavras, a criança e o adolescente têm direito a conviver em uma família, e há a necessidade de se desenvolver políticas públicas, no âmbito federal, estadual e municipal, que venham a garantir tal direito.⁴

2 FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **ADOÇÃO - Guia Prático Doutrinário e Processual**. São Paulo: Cortez, 2010, p.16.

3 MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p.74.

4 FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **ADOÇÃO - Guia Prático Doutrinário e Processual**. São Paulo: Cortez, 2010, p.17.

Nesse contexto, essa garantia pode ser entendida como um direito fundamental, que segundo Vladimir Brega Filho é aquele necessário para garantir uma vida de acordo com o princípio constitucional da dignidade humana, sendo, portanto, todos aqueles direitos considerados indispensáveis para assegurar uma existência digna⁵.

A família foi uma preocupação do legislador ao desenvolver a Constituição Federal de 1988, sempre tentando preservar o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, como se percebe principalmente no seu artigo 227. Maria Helena Diniz preceitua ser esse princípio a base da comunidade familiar, por garantir seu pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente⁶.

Nesse sentido, a ausência da convivência familiar na vida de uma criança ou de um adolescente pode trazer-lhes danos irreversíveis, diante da importância desse direito para seu bom desenvolvimento.

Objetivando efetivar esse direito, foi desenvolvida a Lei da adoção nº12.010/09, a qual buscou a garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ambas as legislações vieram com o intuito de fortalecer o que já estava disposto na Constituição Federal de 1988, não apenas trazendo mais especificações como também tampando as lacunas que impediam a garantia desse direito fundamental.

Ocorre que, apesar da grande preocupação do legislador com a garantia desse direito, muitas vezes a situação encontrada nas instituições é muito diferente: crianças que crescem e lhes é suprimido o direito à convivência familiar. Assim dispõe Simone Franzoni Bochnia:

Essas dificuldades não são invisíveis, pois os abrigos e instituições estão cheios de histórias reais, em que não são observados os direitos à convivência familiar e o afeto restando negado a essas crianças e a esses adolescentes a possibilidade de, desde logo, obterem a filiação socioafetiva.⁷

Em prol da garantia da convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, este estudo prosseguirá na análise de mecanismos que possam garantir-lhes esse direito fundamental.

2 DO FORTALECIMENTO DA FAMÍLIA NATURAL

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a Lei 12.010/09 preveem o

5 BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1998**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.71.

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - volume 6: direito de família. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.21.

7 BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção – Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 88.

fortalecimento da família, sendo esse também um dos objetivos da Lei nº 13.257/2016, a qual traz vários artigos que mencionam a criação de políticas e programas governamentais de apoio às famílias, com o intuito de preservar o desenvolvimento integral à criança. No artigo 14 da referida lei, demonstra-se, mais uma vez, a preocupação do legislador, que, como por meio de outras leis, vem novamente buscar a promoção de novos programas destinados à família:

Art. 14. (...)

§ 1º Os programas que se destinam ao fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância promoverão atividades centradas na criança, focadas na família e baseadas na comunidade.

§ 2º As famílias identificadas nas redes de saúde, educação e assistência social e nos órgãos do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente que se encontrem em situação de vulnerabilidade e de risco ou com direitos violados para exercer seu papel protetivo de cuidado e educação da criança na primeira infância, bem como as que têm crianças com indicadores de risco ou deficiência, terão prioridade nas políticas sociais públicas.

A preocupação do legislador foi a de proteger as crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, pois observa-se que o problema muitas vezes está na falta de recursos e na vulnerabilidade social dos familiares, uma vez que a maioria das crianças em instituições de acolhimento provisório ou dispostas para adoção estavam em famílias que careciam de ajuda estatal, não somente financeira, por meio de programas já existentes, mas também de programas propulsores do fortalecimento familiar.

A prioridade mencionada no parágrafo segundo é essencial, pois a situação da criança com deficiência em famílias de poucas condições é tão devastadora que, após o surto de microcefalia ocorrido no país, em 2015, cresceu o número de mães que tiveram de abandonar seus filhos sob justificativa de não ter como criá-los, ou então, de já ter outra criança com deficiência e que, caso ficassem com seus filhos, o auxílio fornecido pelo governo – quando conseguido e mediante muito esforço –, era insuficiente, uma vez que as crianças que nascem com essa condição têm muitas necessidades a serem supridas, e uma família que recebe o auxílio estatal de um salário mínimo até os três anos não terá realmente condições de criá-la.⁸

O mecanismo que deveria ser utilizado pelo Estado é o uso de políticas públicas, que, segundo Maria Paula Dallari Bucci, pode ser conceituado como “a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção aos direitos humanos”. Esse auxílio

8 OLIVEIRA, Noelle. **Criança com microcefalia é entregue pela mãe a abrigo em Recife**. Portal EBC, Recife, 08.01.2016. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/2016/01/crianca-com-microcefalia-e-entregue-abrigo-em-recife>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

estatal por meio de políticas públicas realmente poderia mudar a situação dessas mães⁹.

A criança com deficiência requer diversos cuidados e, por essa razão, muitas mães de bebês que nasceram microcéfalos sofreram o abandono paterno. Ademais, outras não aguentam passar pela situação sozinhas e entregam as crianças para adoção. Essa atitude é motivada pela condição financeira dessas mulheres. Um levantamento feito pela Secretaria de Desenvolvimento Social aponta que só no estado de Pernambuco, no qual incide o maior índice de casos de microcefalia, 77% das 209 mães que tiveram filhos com microcefalia estão abaixo da linha da pobreza.¹⁰

O poder público muitas vezes falha em sua função social de proteção a essas crianças em situação de vulnerabilidade, a qual está elencada como direito fundamental pela Lei nº 13.146/15:

Art. 10. Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida.

Parágrafo único. Em situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública, a pessoa com deficiência será considerada vulnerável, devendo o poder público adotar medidas para sua proteção e segurança.

Infelizmente a criança com deficiência é, na maioria da vezes, abandonada, e criada pelo Estado; suprimem-lhe, em muitos casos, a convivência familiar e retiram-lhe o direito de crescer com amor e amparo. Conforme relato de Mariana Sanches, no jornal Globo:

As mães que abandonam as crianças não têm qualquer estrutura econômica, social ou familiar para fazer frente ao desafio de cuidar delas. Além do preconceito, da rejeição, essas mães normalmente já foram abandonadas pelo pai da criança. Algumas são usuárias de drogas, não têm família e já têm muitos filhos — afirma a assistente social do hospital, Jéssica Pereira da Silva.¹¹

Segundo João Seabra Diniz, a decisão de entregar uma criança pode significar um esforço generoso para garantir-lhe condições que a mãe não pode oferecer, o que não deve ser considerado necessariamente uma rejeição¹².

Conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, incumbiria aos órgãos, instituições e categorias sociais o empenho de recursos na efetivação da norma constitucional, na tentativa de afastar a miséria absoluta que atinge considerável parte da população nacional¹³.

9 BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 232.

10 SILVA, Nellysson. **Bebês com microcefalia são abandonados pelos pais**. Blasting News, Chiasso, 05.03.2017. Disponível em: <<http://br.blastingnews.com/brasil/2016/03/bebes-com-microcefalia-sao-abandonados-pelos-pais-00823137.html>>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

11 SANCHES, Mariana. **Famílias abandonam crianças com microcefalia e paralisia cerebral**. O Globo, São Paulo, 11.01.2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/familias-abandonam-criancas-com-microcefalia-paralisia-cerebral-18447204>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

12 FREIRE, Fernando (Org.). **Abandono e Adoção**. Curitiba: Terre des hommes, 1994, p.21.

13 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - volume 6: direito de família. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.33.

Ressalta-se que, apesar de muitas vezes o governo oferecer terapias, essas demoram a sair ou nunca saem; além disso, os remédios estão constantemente em falta, desestabilizando ainda mais as mães com filhos carentes de ajuda estatal. Dessa forma, muitas são abandonadas pelos maridos, impedidas de trabalhar, e passam inúmeras dificuldades diante da falta de apoio estatal. É o que se extrai da reportagem da TV GAZETA:

Famílias de crianças com microcefalia estão com dificuldades para ter acesso a alguns medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) em Alagoas. Elas reclamam que dois deles, o Gardenal, que é de responsabilidade do município, e o Sabril, de responsabilidade do Estado, não são distribuídos há meses.¹⁴

Infelizmente, caso o Estado não comece a executar seus projetos e propostas de apoio às famílias, o número de crianças recolhidas em instituições de acolhimento só tende a crescer. A adoção já comporta suas diversas complicações quando se trata de crianças sem muitas restrições; as com restrições, se não houver investimento específico do Estado, terão suas vidas transcorridas em abrigos, o que configura privação do direito à convivência familiar e se revela em tristeza, na prática.

A situação ainda traz aspectos do passado, pois na década de 90 foi realizado um estudo por Yolanda Maria Braga Freston e Paul Freston referente à mãe biológica em casos de adoção, o qual relatou um perfil de pobreza vinculado ao abandono:

Três em cada quatro mães alegam dificuldades econômicas. Na maioria destes casos, vincula-se a situação econômica a falta de um contexto doméstico favorável, seja pelo abandono do recém nascido pelo pai, seja pela ausência de respaldo da família da mãe.¹⁵

Com a nova lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, as expectativas se tornam mais positivas, no sentido de que o Estado buscará insistir continuamente na garantia dos direitos das crianças, de modo que as que estão em famílias desestruturadas e em instituição de acolhimento terão atendimento mais específico por meio de políticas públicas. É o que dispõe o artigo 4º:

Art. 4º As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a:
I - atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã;
[...]
IV - reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança;

Dessa forma, se de fato forem implantadas as políticas públicas previstas nessa lei, a tendência é que as famílias tenham mais condições de criar seus filhos de forma digna, não

14 SANCHES, Carolina. **Famílias de crianças com microcefalia denunciam falta de medicamento em AL. G1**, Alagoas, 06.04.2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/familias-de-criancas-com-microcefalia-denunciam-falta-de-medicacao-em-alagoas.ghtml>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

15 FREIRE, Fernando (Org.). **Abandono e Adoção**. Curitiba: Terre des hommes, 1994, p.82.

necessitando de intervenção estatal direta e preservando-lhes o direito à convivência familiar.

Observa-se que os direitos das crianças com deficiência já são reconhecidos nacional e internacionalmente há muito tempo, apesar de muitas vezes estes terem sido negligenciados pelo Estado. Na Declaração Universal dos Direitos das Crianças, da UNICEF, realizada em 1959, já se reconhecia o direito da criança com deficiência a tratamento específico, por meio de seu princípio V, mencionando inclusive “direito ao amor e à compreensão”.¹⁶ Se naquela época já era sabido que a criança com deficiência deveria ter direitos iguais aos de todas as outras, por meio de cuidados especiais que poderiam exigir os seus casos particulares, hoje eles não só já deveriam estar garantidos como deveriam ser notórios os danos que a falha das políticas públicas causaram e vão causar se não houver mudança da posição estatal.

Diante do exposto, extrai-se que, se o estado fornecer mais apoio às famílias, haverá menos abandono, não deixando este de existir, mas atenuado, o que já seria positivo, pois os direitos de muitas crianças já seriam preservados. Em casos em que não seja possível manter a criança na família natural ou extensa, optar-se-ia pelo instituto da adoção, o que, em se tratando de crianças com particularidades e necessidades especiais, requer também muita atenção por parte do Estado, para que ocorra.

Desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, tem-se buscado de todas as formas possíveis o fortalecimento da família biológica, pois o legislador entendeu ser a adoção um mecanismo excepcional que deverá ser utilizado apenas quando não for possível a reintegração da criança ou do adolescente ao seio familiar de origem. Nesse contexto, os livros da década de 90 já apontavam como a maior preocupação o interesse da criança, não sendo priorizados mais o desejo dos pais biológicos e nem o dos adotivos¹⁷, tanto que essa continua sendo a posição principal da doutrina, que sempre faz referência ao “melhor interesse da criança”¹⁸.

Dessa forma, se o Estado buscar o melhor interesse da criança, ao reinseri-la ou ao proporcionar-lhe a adoção, estará cumprindo seu papel social de garantidor do direito fundamental ao convívio familiar.

3 A ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção, segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, na década de 40 poderia

16 BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração dos Direitos da Criança – 1959.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em: 16 de mai. 2017.

17 FREIRE, Fernando (Org.). **Abandono e Adoção.** Curitiba: Terre des hommes, 1994, p. 7.

18 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - volume 6: direito de família. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.375.

ser conceituada como “o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação”¹⁹. Na atualidade, Carlos Roberto Gonçalves a conceitua como “o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”²⁰.

A adoção no Brasil, após a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da Lei 12.010/09, junto a outras normas, é medida excepcional que só deve ser empregada em casos de absoluta impossibilidade de permanência na família natural, razão pela qual a lei foi objeto de crítica, pois ficou conhecida como lei da adoção; na verdade, porém, ela busca promover a família natural de todas as formas possíveis. É o que dispõe Maria Berenice Dias:

O fato é que a adoção transformou-se em medida excepcional, a qual deve se recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa (ECA 39, § 1º). Assim, a chamada lei da adoção não consegue alcançar seus propósitos. Em vez de agilizar a adoção, acaba por impor mais entraves para sua concessão, tanto que onze vezes faz referência à prioridade da família natural.²¹

Busca-se, nesses casos, o interesse da criança, por meio do qual, ao invés de se procurar um filho a quem foi impossibilitado de o gerar, como antigamente o instituto era visto, procura-se uma família para quem dela precisa:

Durante muitos séculos, talvez milênios, a adoção de uma criança foi vista exclusivamente a partir do olhar do adulto que, não podendo gerar um filho biológico, encontrava na filiação adotiva, a oportunidade de transmitir seu legado e bens.²²

Atribuía-se também um caráter filantrópico ao instituto, que hoje, para muitas assistentes sociais, não pode nem ser motivador da adoção como por muito tempo o foi, como dispõe Gonçalves:

Com a evolução do instituto da adoção, passou ela a desempenhar papel de inegável importância, transformando-se em instituto filantrópico, de caráter acentuadamente humanitário, destinado não apenas a dar filhos a casais impossibilitados pela natureza de tê-los, mas também a possibilitar que um maior número de menores desamparados, sendo adotados, pudessem ter um novo lar.²³

Nesse contexto, observa-se que no processo de adoção, no Brasil, é frequente se deparar com possíveis pais com idealizações e visões equivocadas da situação. É como se a criança branca fosse deixada na maternidade e de lá já saísse para os braços dos pais adotivos.

19 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito de família**. 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, p.177.

20 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - volume 6: direito de família. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.374.

21 DIAS, Maria Berenice. **Adoção sem preconceito**. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-22/depende-lei-adocao-continuara-sonho>>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

22 SCHREINER, Gabriela. **Por uma cultura da Adoção para a criança?** São Paulo: Editora Consciência Social, 2004, p. 11.

23 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - volume 6: direito de família. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.377.

Isso é uma ilusão. A realidade das instituições de acolhimento são crianças maiores de 7 anos, com alguma doença ou deficiência e, em sua maioria, negras ou em grupo de irmãos. Os pretendentes a pais querem escolher a criança, esquecendo que a prioridade é encontrar pais para as disponíveis. Dispõe a respeito do assunto Gabriela Schreiner:

Isto se deve em parte, ao imaginário popular de que perpetua a idéia (sic) de que “adoção é bonita porque se escolhe a criança”. Sim, famílias adotivas escolhem, mas não as crianças e sim a adoção. Ficar grávida nem sempre envolve uma tomada de decisão. Muitas das mulheres engravidam e nem queriam isso. Na adoção isto é impossível. Aqui reside a beleza da escolha.²⁴

Nesse mesmo sentido, Isabel Kahn Marin, desde 1994, na obra “Abandono e Adoção” já preceituava a necessidade de os pais serem preparados para melhor saber lidar com seus futuros filhos, sabendo que a situação destes é de abandono e que a criança idealizada não existe, assim como pais perfeitos também não existem.²⁵

Em um primeiro momento, os futuros pais adotivos devem ser preparados para a realidade, a qual muitas vezes assusta, dada a visão idealizada de maternidade que a maioria tem. Os pais, ao preencherem o cadastro de adoção, deparam-se com as condições que eles podem aceitar ou não, as quais trazem a realidade do abrigo: se aceita irmãos; qual a raça/cor que aceita (branca/preta/amarela/parda/indígena/indiferente); estado de saúde da criança que aceita (saúde perfeita/ doença tratável/ doença não tratável/ deficiência física/ deficiência mental/ vírus HIV / não faz restrição).²⁶

Dentre os itens dispostos por esse questionário, o adotante ainda delimita a aceitação das crianças: com problemas físicos não tratáveis, com problemas físicos tratáveis graves, com problemas físicos tratáveis leves, com problemas mentais não tratáveis, com problemas mentais tratáveis graves, com problemas mentais tratáveis leves, com problemas psicológicos graves, com problemas psicológicos leves, com pais soropositivos para o HIV, com pais alcoólatras, com pais que faziam uso de drogas, com sorologia negativa para o HIV, com sorologia positiva para o HIV, proveniente de estupro, proveniente de incesto, vítima de atentado violento ao pudor e vítima de maus-tratos.²⁷

A adoção, para que produza seus melhores frutos, deve ser vista como o nascimento de um filho biológico: os pretendentes não podem colocar inúmeras restrições, visto que, caso

24 SCHREINER, Gabriela. **Por uma cultura da Adoção para a criança?** São Paulo: Editora Consciência Social, 2004, p. 19.

25 FREIRE, Fernando (Org.). **Abandono e Adoção.** Curitiba: Terre des hommes, 1994, p.93.

26 HATAMOTO, Raquel. **Não faz restrição - Um retrato da Adoção Tardia e Especial.** Publicado em 10.06.2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kkVsOSHFxPs>>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

27 DIREITO DAS CRIANÇAS. **Ficha de cadastro para adoção.** Disponível em:<http://www.direitodascrianças.com.br/admin/web_files/arquivos/f96d27970ac03d913f5f9f2f3154ab89.pdf>. Acesso em: 16 de mai. 2017.

se tratasse de um filho biológico, este poderia nascer, da mesma forma, com alguma doença ou deficiência, ou futuramente vir a apresentar um determinado problema em virtude de alguma situação desgastante que vivenciou. A prioridade é sempre a criança; não podem, pois, os pretendentes à adoção reclamar da demora da fila se elas impõem condições que fazem com que seus futuros filhos não existam e que os já existentes cresçam em instituições de acolhimento sem pais.

Infelizmente a adoção, em muitos lugares do país, hoje tem idade, cor e saúde. A menina de pele branca, recém-nascida e saudável é uma ilusão que necessita de mecanismos estatais urgentes para ser revista conforme a realidade brasileira.

Imaginar em escolher uma criança pode parecer algo essencialmente racional, como se escolhe um objeto que se vai adquirir, ou exclusivamente emocional, foi “amor à primeira vista”. Na adoção existem os dois processos, o racional – a decisão – e o emocional – o querer investir afeto, dedicação, se encantar pelo filho. Por que resumir a adoção à escolha da criança que se vai adotar?²⁸

As adoções necessárias devem ser motivadoras de políticas públicas que as promovam. A atuação estatal, nesses casos, é extremamente urgente para que se possa garantir uma família ao maior número possível de crianças e adolescentes. Além disso, essas adoções, por serem mais difíceis, devem ser conduzidas com mais cautela, é o proposto pela lei nº 12.955/14, a qual modificou o artigo 47 do ECA, introduzindo o § 9º, que preceitua prioridade de tramitação dos processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica.

O Cadastro Nacional de Adoção – CNA, criado em 2008, representa um grande avanço para o instituto no Brasil, porém ainda possui falhas que impedem que determinadas crianças encontrem seus pais. Além disso, a falta de especificidade do cadastro gera ainda mais problemas, pois, por exemplo, a deficiência física não é delimitada, sendo diversas crianças enquadradas nesse mesmo perfil, uma vez que muitas vezes o mesmo adotante que aceita uma criança cadeirante, não aceita uma criança cega. O mesmo problema ocorre com a deficiência mental, pois ela é muito ampla, e um autista difere muito de uma criança com síndrome de Down.

Assim, ressalta Carla Penteado, fundadora da associação ATE- Adoção Tardia e Especial, que em um país onde se pode escolher a cor da criança a ser adotada, não se pode escolher se ela é surda, cega ou “acamada”, uma vez que se trata, nos três casos, de deficiência física. O trabalho de adoção de crianças especiais, em sua grande maioria, é feito por voluntários, devido a lacunas do judiciário, que tem inúmeros processos para resolver e,

28 SCHREINER, Gabriela. **Por uma cultura da Adoção para a criança?** São Paulo: Editora Consciência Social, 2004, p. 19.

frequentemente, este não consegue propiciar a ponte entre as famílias que querem adotar e as crianças que precisam de um lar.²⁹

Dessa forma, é preciso a intervenção estatal para que essas adoções necessárias se concretizem e se garanta o direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, inclusive àqueles que não se encaixam nos cadastros restritivos com os quais a maioria dos interessados em adotar se identificam. É possível a promoção de políticas públicas que proporcionem esse direito fundamental a essas crianças, como será demonstrado.

4 A BUSCA ATIVA COMO MECANISMO FACILITADOR DAS ADOÇÕES ESPECIAIS

A busca ativa é o mecanismo que vem sendo utilizado por vários Estados do Brasil para que crianças que não têm pretendentes no cadastro nacional da adoção (CNA) encontrem um lar. Esse sistema consiste na inversão da forma como se procuram pais para uma criança, partindo das especificidades dela e de quem a aceita tal como ela é, ou seja, a partir de sua descrição.

Com o tempo os adotantes, frequentemente, percebem que a criança idealizada não existe, ao abrir seu perfil. Por muitas vezes essa mudança não consta no CNA, assim isso pode ser um empecilho para a formação da ponte que uniria futuros pais a futuros filhos. O portal da adoção explica como acontece a situação:

Não raro os habilitandos [...] habilitam-se para perfis bem restritos, muito próximos de "menina, branca, saudável, até 1 ano, sem irmãos".

Com o passar do tempo e o amadurecimento do desejo de adotar este perfil vai sendo alterado dentro da mente e corações dos habilitados. Todavia, a grande maioria não providencia junto às suas varas de habilitação a alteração correspondente do seu perfil.

Assim o CNA continua alimentado com um perfil que não é mais aquele realmente almejado pelos futuros adotantes. Sem ter ciência da alteração deste perfil, as varas não localizam adotantes para crianças que caberiam naqueles perfis de fato já modificados.³⁰

Com a busca ativa, esses pretendentes a pais descobrem quais crianças em instituições de acolhimento precisam de uma família, muitas vezes se identificando com elas e posteriormente concretizando a adoção. Há uma ruptura de estigmas por meio desse mecanismo, pois os interessados na adoção vão descobrindo que o que antes poderia ser um grande empecilho, na verdade não o é. Há grande compartilhamento de informações de pais que já adotaram crianças com deficiência e que superaram todas as barreiras.

29 HATAMOTO, Raquel. **Não faz restrição - Um retrato da Adoção Tardia e Especial**. Publicado em 10.06.2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kkVsOSHFxPs>>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

30 PORTAL DA ADOÇÃO. **O que é "busca ativa"?**. Disponível em: <<http://portaldaadocao.com.br/artigos/a-palavra-do-especialista/23-o-que-%C3%A9-busca-ativa>>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

Como dispõe o portal da adoção, esse mecanismo é uma exceção à regra, devendo ser utilizado somente quando há “difícil colocação” em famílias substitutas e somente poderá ser usado por interessados que já tenham sido cadastrados no CNA:

[...] a busca ativa é o auxílio legítimo e constitucionalmente autorizado prestado pela sociedade civil ao Estado na busca e localização de habilitados à adoção para crianças e adolescentes fora do perfil mais pretendidos por aqueles, quais sejam, maiores de 5 anos, grupos de irmãos inseparáveis, crianças e adolescentes com deficiências físicas e/ou mentais.³¹

A busca ativa ocorre por meios informais, como o Facebook, o WhatsAap, o Youtube, ou qualquer outro pelo qual o voluntário opte para procurar pretendentes para adoção. É um mecanismo que demonstra sucesso na prática e vem sendo incorporado cada vez mais pelos Estados brasileiros, o que está proporcionando a crianças com deficiência um lar que antes parecia distante.

É o caso de A. B., do estado de Pernambuco, que conseguiu sua família por meio da página do CEJA-PE no Facebook, a qual apresentou a imagem da criança com descrição de que tinha 7 anos, era adorável, mas que em virtude de violência doméstica havia ficado com sequelas motoras, as quais envolviam a fala e a cognição, mas que, com uma família acolhedora, teria grandes chances de progresso. A criança que nem andava, devido à ausência sofrida no amparo familiar, conseguiu encontrar pais que a acolhessem, dispostos inclusive a viajar quilômetros para buscá-la, mostrando o quão eficaz é o sistema da busca ativa.

Pernambuco é um Estado em destaque por meio do Projeto "Família: Um direito de toda criança e adolescente", o qual se utiliza da busca ativa. Ao contrário de outros estados, o Tribunal de Justiça pernambucano, nesses casos, autoriza o uso de imagens, o que muitas vezes comove os futuros pais. Além disso, está à frente de outros estados por manter mensalmente atualizada a lista de crianças e adolescentes disponíveis para adoção³².

Outro Estado propulsor da busca ativa é o Espírito Santo, onde se lançou a Campanha Esperando por Você, a qual mostra a história de diversas crianças por meio de vídeos que incentivam os casais a saberem de sua existência. A criança especial é muitas vezes esquecida nas instituições de acolhimento, e campanhas como essas só tendem a gerar resultados positivos.³³

Assim, por exemplo, “no Espírito Santo, das 140 crianças acolhidas prontas para

31 Idem.

32 COMISSÃO ESTADUAL JUDICIÁRIA DE ADOÇÃO DE PERNAMBUCO. **Crianças e Adolescentes aptos a adoção**. Pernambuco, 2017. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/web/ceja/criancas-e-adolescentes-aptos-para-adocao-em-pe>. Acesso em 19 de mai. 2017.

33 TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESPÍRITO SANTO. **Campanha Esperando por Você**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=q3I0kf2xHtc&list=PLhso79RkLvaoNUZoVONGnzJiLVRVsUMsN>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

adoção, 86% têm mais de 08 anos de idade, 49% fazem parte de grupos de irmãos e 23,5% possuem alguma necessidade especial”³⁴.

O mecanismo é usado em diversos grupos do Facebook, tais como: GAATE - Grupo de Apoio à Adoção Tardia e Especial e ATE - Adoção Tardia e Especial. Posta-se a descrição da criança (nesses casos, sem fotos, sem nome e sem referência a sua cidade) e se procuram interessados em adotá-la. Esse modelo um pouco mais simples de busca ativa atinge muitas comarcas do Brasil e também demonstra eficácia, apesar de ser menos abrangente, pois só é vista pelos membros do grupo.

Além disso, no WhatsAap também são criados grupos de busca ativa que constam de interessados em adotar já cadastrados no CNA. Caso se identifiquem com o perfil da criança, são encaminhados à vara responsável. Em sua grande maioria, é mencionado apenas o Estado a que a criança ou o adolescente pertence, sem exposição de fotos e nomes e com várias regras para preservá-los.

Nesse contexto, a Lei 12.010/09 previa em seu artigo 87, inciso VI, a criação de políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o afastamento do convívio familiar e, em seu inciso VII, propõe campanhas de estímulo à adoção de crianças especiais. Para Luiz Carlos Figueiredo, o legislador teve a intenção de manifestar, por meio desse artigo, que a permanência do adolescente em instituição de acolhimento é sinônimo de fracasso.³⁵

Apesar de a busca ativa tratar-se de um mecanismo que deveria ser alvo de investimento governamental, hoje ela é feita majoritariamente por voluntários, o que, apesar de seu importante papel filantrópico, denota que faltam, nesses grupos, assistentes sociais, psicólogos e outros profissionais contratados pelo governo para propiciar ainda mais adoções.

CONCLUSÃO

A criança com deficiência frequentemente se encontra em situação de vulnerabilidade social, sendo necessária a intervenção estatal para que se garantam seus direitos fundamentais, inclusive o disposto neste artigo, que é o da convivência familiar.

Com a deficiência das políticas públicas para parte da população que dela carece, acaba ocorrendo um crescente abandono de crianças com necessidades especiais, visto que as famílias que não têm condições de criá-las dignamente acabam por entregá-las para adoção. Não se trata simplesmente de falta de amor para com os filhos, mas da situação de

34 ADOÇÃO BRASIL. **Campanha Esperando Por Você.** Disponível em: <<http://www.adocaobrasil.com.br/campanha-de-adocao-esperando-por-voce/>>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

35 FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Comentários à nova lei nacional da adoção.** Curitiba: Juruá, 2010, p. 75.

desestruturação familiar e da evidente falta de recursos que levam a culminar nessa situação.

Para que se garanta o fortalecimento da família natural como disposto no ECA e na Lei 12.010/09, é necessário que as políticas públicas não falhem, pois se constata que a família que já sofre com a má condição para manter seus filhos não conseguirá dar uma vida digna para o nascituro carente de remédios, terapias, médicos e de tantas outras necessidades. Para que se cumpra o disposto nessas leis e não seja necessária a intervenção estatal com a entrega ou retirada da criança do seio familiar, é imprescindível que o Estado supra todas as suas necessidades.

Caso isso não ocorra, e para as crianças que já foram destituídas de suas famílias naturais, propõe-se que seja usado o mecanismo da busca ativa, evitando que essas cresçam em instituições de acolhimento. Assim sendo, é necessário que o Estado intervenha também nesse processo, pois, atualmente, em sua maioria, ele é feito por voluntários, o que o torna lento. A inclusão de pessoal especializado para atendê-los, tais como assistentes sociais, psicólogos e outros profissionais contratados pelo governo também é muito importante para a promoção da adoção.

REFERÊNCIAS

ADOÇÃO BRASIL. **Campanha Esperando Por Você**. Disponível em: <<http://www.adocaobrasil.com.br/campanha-de-adocao-esperando-por-voce/>>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração dos Direitos da Criança – 1959**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em: 16 de mai. 2017.

BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção – Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 16 de mai. 2017.

_____. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm> Acesso em: 16 de mai. 2017.

_____. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm> Acesso em: 16 de mai. de 2017.

_____. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm> Acesso em: 16 de mai.de 2017.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1998.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

COMISSÃO ESTADUAL JUDICIÁRIA DE ADOÇÃO DE PERNAMBUCO. **Crianças e Adolescentes aptos a adoção.** Pernambuco, 2017. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/web/ceja/criancas-e-adolescentes-aptos-para-adocao-em-pe>. Acesso em 19 de mai. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção sem preconceito.** 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-22/depende-lei-adocao-continuara-sonho>>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

DIREITO DAS CRIANÇAS. **Ficha de cadastro para adoção.** Disponível em: <http://www.direitodascrianças.com.br/admin/web_files/arquivos/f96d27970ac03d913f5f9f2f3154ab89.pdf>. Acesso em: 16 de mai. 2017.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **ADOÇÃO - Guia Prático Doutrinário e Processual.** São Paulo: Cortez, 2010.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Comentários à nova lei nacional da adoção.** Curitiba: Juruá, 2010.

FREIRE, Fernando (Org.). **Abandono e Adoção.** Curitiba: Terre des hommes, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - volume 6: direito de família.** 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HATAMOTO, Raquel. **Não faz restrição - Um retrato da Adoção Tardia e Especial.** Publicado em 10.06.2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kkVsOSHFxPs>>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri: Manole, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito de família.** 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1947.

OLIVEIRA, Noelle. **Criança com microcefalia é entregue pela mãe a abrigo em Recife.** Portal EBC, Recife, 08.01.2016. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/2016/01/crianca-com-microcefalia-e-entregue-abrigo-em-recife>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

PORTAL DA ADOÇÃO. **O que é "busca ativa"?.** Disponível em:

<<http://portaldaadocao.com.br/artigos/a-palavra-do-especialista/23-o-que-%C3%A9-busca-ativa>>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

SANCHES, Carolina. **Famílias de crianças com microcefalia denunciam falta de medicamento em AL.** G1, Alagoas, 06.04.2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/familias-de-criancas-com-microcefalia-denunciam-falta-de-medicacao-em-alagoas.ghtml>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

SANCHES, Mariana. **Famílias abandonam crianças com microcefalia e paralisia cerebral.** O Globo, São Paulo, 11.01.2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/familias-abandonam-criancas-com-microcefalia-paralisia-cerebral-18447204>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

SCHREINER, Gabriela. **Por uma cultura da Adoção para a criança?** São Paulo: Editora Consciência Social, 2004.

SILVA, Nellysson. **Bebês com microcefalia são abandonados pelos pais.** Blasting News, Chiasso, 05.03.2017. Disponível em: <<http://br.blastingnews.com/brasil/2016/03/bebes-com-microcefalia-sao-abandonados-pelos-pais-00823137.html>>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESPÍRITO SANTO. **Campanha Esperando por Você.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=q3I0kf2xHtc&list=PLhso79RkLvaoNUZoVONGnzJiLVRVsUMsN>>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

A GUARDA COMPARTILHADA SOB A ÓTICA DA IMPOSITIVIDADE DA MEDIDA COMO PRERROGATIVA DO JULGADOR CONFORME A INOVAÇÃO DA LEI 13.058/2014

Mathias Carvalhos dos SANTOS¹
Yasmim Zanuto LEOPOLDINO²

RESUMO

Este presente artigo tem como propósito discutir as mudanças sobre a guarda compartilhada trazidas pela Lei 13.058 de 2014, trazendo noções importantes sobre o conceito de poder de família, tipos de guarda, qual seja a guarda unilateral, a guarda alternada e a guarda compartilhada; acerca da última, discute-se também sobre sua imposição pelo juiz quando não houver acordo entre os genitores e o que essa mudança gera à relação entre filhos e genitores, trazendo discussões jurisprudências acerca do tema abortado e as consequências dessa prerrogativa do julgador. Com as disposições e implicações citadas sobre inúmeras divergências, destacamos sobre a regra no meio familiar, as implicações que ao ser imposta trará a vida do infante. A guarda compartilhada antes à Lei 13.058/14 não era considerada a regra, sendo uma alternativa dada aos pais dentro do julgamento, quando esses possuíam um relacionamento harmonioso. Após explanação sobre, o resultado alcançado ostenta que a regra imposta pelo juiz quando determinar a guarda compartilhada causa desconforto entre os envolvidos, já que à instabilidade emocional causada pela separação não permitiu aos pais a maturidade para possuírem uma relação harmoniosa e de contato direto sobre todos os assuntos relacionados à criança. A pesquisa foi feita por meio da leitura de trabalhos com tema semelhante ao abordado no trabalho, buscando opiniões concretas, baseadas em autores com renome na área do direito de família, psicólogos e doutrinadores. Utilizou-se também o ordenamento jurídico como forma de embasar os argumentos constantes no artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda Compartilhada; Imposição; Relação Conflituosa.

ABSTRACT

The present article aims to discuss the changes in shared custody brought by the law 13.058 of 2014, introducing important principles about the concept of family power, types of custody, be it sole custody, alternate custody or shared custody; concerning the latter, it is also discussed its imposition by the judge when there isn't an agreement between the parents and what said change results in their relationship, offering jurisprudential arguments on the matter and the consequences of the judge's attribution. With quoted dispositions and implications about countless divergences, we highlight about the rule in the family environment, the aftermath from being imposed on the life of the infant. The shared custody before the law 13.058/14 wasn't considered judge-made law, being an alternative offered to the parents inside trial, when those kept an harmonious relationship. After explanation on the subject, the outcome displays that the judge-made law imposed by the judge that determines shared custody causes discomfort between the people involved, once the emotional instability caused by the divorce didn't allow the parents the maturity to chase an harmonious relationship with personal contact about every subject related to the infant. The research was made by reading papers with themes similar to the one in question, in search for concrete opinions, based on

-
- 1 Graduando do curso de Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO. E-mail: mathiasfio@hotmail.com.
 - 2 Graduando do curso de Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO. E-mail: yasmimzanutoleopoldino@outlook.com.

notorious authors in family law, psychologists and indoctrinators. The legal system was also used as a base to the arguments present in the article.

KEY-WORDS: Shared Custody; Imposition; Conflictual Relationship.

INTRODUÇÃO

A Lei 13.058/14 trouxe algumas mudanças ao Código Civil ao que se refere à guarda, tomando como preponderante a modalidade da Guarda Compartilhada. Essa será imposta pelos juízes como regra, ou seja, quando não houver acordo entre os genitores a respeito de qual modalidade de guarda será atribuída, tem-se a guarda compartilhada como preceito.

Existem grandes discussões acerca do tema, visto que, a imposição da lei em casos de litigâncias e conflitos sobre os pais pode causar grande balbúrdia e insegurança a criança. As discussões e desentendimentos dos pais não são encerrados com a sentença do juiz, resultando em conflitos com maior amplitude e que envolverá não só os genitores, mas também seus filhos.

Mesmo com a guarda compartilhada sendo legalmente admitida desde 2008, há ainda divergências acerca dos tipos de guardas existentes em nosso ordenamento jurídico. O presente trabalho traz as diretrizes básicas acerca das modalidades do instituto constantes no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja a guarda unilateral, alternada e compartilhada.

Disserta-se sobre as alterações que ocorreram com a Constituição Federal de 1988, que alterou a autonomia do poder patriarcal para a participação conjunta dos genitores acerca das decisões que envolvem o desenvolvimento e a educação dos filhos, não sobressaindo a opinião de nenhuma das partes. Busca-se também demonstrar as mudanças trazidas com a vigência da Lei 13.058/14, sendo essa a precursora da real relevância da guarda compartilhada no ordenamento jurídico. Discute-se, por fim, a respeito das consequências trazidas com a implementação da guarda compartilhada em uma relação conflituosa, quando imposta pelo juiz.

O presente artigo teve sua constituição baseada em trabalhos de autoria de diversas figuras acadêmicas, como graduandos e profissionais da área, com tema semelhante ao abordado no trabalho, selecionando dentre aquelas opiniões relevantes e concretas, baseadas em autores tradicionais e com trabalhos de grande relevância para área do direito de família; psicólogos e doutrinadores que discutem a respeito das possibilidades de guarda que podem ocorrer após o divórcio. Tem-se embasamento no ordenamento jurídico para que a discussão

proposta tenha a veracidade e seriedade necessárias de um trabalho como o presente.

Permeando os capítulos, tem-se como marco teórico Maria Helena Diniz, em relação à ideia de poder familiar e as obrigações decorrentes dele; Silvio Rodrigues, a respeito de guarda e o panorama de direitos e deveres advindos dela. Já com relação à guarda unilateral, tem-se o posicionamento de Luiz Edson Fachin, sobre a prisão do devedor de alimentos e seu caráter excepcional no Direito Civil e, a respeito dos efeitos da guarda alternada ao filho, adota-se a doutrina de Grisard Filho. Por fim, na crítica feita à Lei 13.058 de 2014, fortaleceu-se a ideia apresentada com os estudos de escritores como Fernanda Rocha Lourenço Levy e Marco Antonio Garcia Pinho, que discutem as consequências negativas que a imposição da modalidade compartilhada pode trazer aos filhos.

1 PRINCÍPIOS DO PODER DE FAMÍLIA

O poder de família pode ser definido como direito e dever atribuídos aos pais sobre os filhos, tendo os primeiros o dever de responsabilidade e proteção em relação aos segundos, cabendo a eles proporcionar aos filhos uma base sólida para que possam desenvolver sua cidadania e definir suas concepções éticas e morais ao longo da vida de forma efetiva e positiva.

Esse poder antigamente recaía sobre a figura do pater, que decidia e julgava as decisões e os ensinamentos que seriam apresentados aos filhos, e a mãe tendo total subordinação à figura do marido, ficando ausente nessa tomada de decisões, mantendo apenas a responsabilidade com os afazeres domésticos incumbidos a ela. Atualmente, com a ratificação da Constituição Federal de 1988 tem-se como direito líquido e certo a igualdade entre homens e mulheres, em seu artigo 5º, inciso I, qual seja:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Com a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres e o advento do Código Civil de 2002, considera-se equivalente a responsabilidade de ambos os genitores na vida dos filhos, substituindo a ideia de pátrio poder pelo aclamado poder de família, sendo o segundo visto como uma conquista das mulheres, que a partir desse momento, podiam participar ativamente da vida de seus filhos.

Os estados, de maneira geral, foram se afastando de toda influência religiosa, contemplando um novo Direito de Família, em que sua interferência, em nome do interesse público e social, constitui a garantia de que se respeitarão relações

conjugais ou parentais mais consentâneas com a evolução das sociedades, as conquistas das mulheres e das minorias. (MIGUEL, 2015, p. 3).

O poder de família Maria Helena Diniz (2007, p. 378) destaca que o poder familiar decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas.

O Código Civil vigente traz, em seu Capítulo V, disposições acerca do Poder Familiar. Como exemplo das referidas disposições, diz o artigo 1.630 que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. Esse estabelece a competência dos pais de exercer o poder familiar frente aos filhos.

O artigo 1.634, apresenta nove prerrogativas aos pais no exercício do poder familiar.

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Este poder que os genitores têm sobre o filho é de extrema importância, garantindo a esses o direito de fiscalização em relação a todos os assuntos que cercam o filho, como a escola e as relações interpessoais que esse está envolvido. A eficácia do poder familiar é vista também quando os pais tomam decisões sobre a vida do menor, de forma conjunta, independente da relação conjugal entre os primeiros.

Assinala Pontes de Miranda, na obra de Carlos Roberto Gonçalves (apud, 2005, p. 364.):

O pai, a exemplo da mãe, não poderia bem prover a educação do filho, sem ter o direito de obrigá-lo a residir na casa paterna, ou materna, ou em qualquer lugar que lhe provesses, como colégio, escola de artífices, etc., fixar-lhe as horas de trabalho e estudo; proibir-lhe diversões licenciosas, determinar o momento em que se deve recolher etc. o conjunto desses pequenos direitos paternos, ou maternos, é o que constitui o dever do filho de ficar na companhia e sob a guarda de seu pai, ou de sua mãe.

Essa prerrogativa dos pais de controle para com os seus filhos traz estabilidade para a relação entre esses e apresenta ao menor os limites a que esse deve pautar suas atitudes, retornando aos ensinamentos dos primeiros.

O poder familiar pode ser extinto em algumas situações, conforme o Código Civil de

2002 destaca:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Nos incisos I, II e III pode se dizer em extinção total do poder de família, pois os eventos apresentados nesses são de caráter absoluto e imutável, ficando prejudicada eventual prerrogativa imposta aos filhos, no caso dos incisos II e III, já que a partir desses incisos outros direitos lhe são concedidos e outros são extintos. Em relação ao inciso I, que trata da morte dos genitores ou do filho, este continuará a ser exercido pelo genitor sobrevivente, no caso do falecimento de um dos pais; porém, se ocorrer a morte do filho, estará extinto a relação jurídica do poder familiar, pois o destinatário efetivo desse direito não está mais na esfera de disponibilidade dos genitores.

Já nos incisos II, IV a perda é permanente, mas não pode dizer que seja definitiva, já que os pais podem, através de procedimento judicial, recuperá-la, desde que provem que a causa que ensejou a perda não mais exista.

Após a explanação sobre poder familiar, discute-se sobre o exercício desse direito quando da separação dos genitores e o conseqüente estabelecimento da guarda, seja ela unilateral ou compartilhada.

2 PODER FAMILIAR E TIPOS DE GUARDA

O artigo 1.632 do Código Civil corrente estabelece que, após a separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, nada altera o poder familiar a ser exercido pelos genitores.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

No entanto, com o fim da união entre os pais, deve ser estabelecida a guarda do filho, ou seja, qual genitor ficará responsável pelo encargo de prestar assistência material, moral e educacional ou se ambos ficarão responsáveis pelo filho e as prerrogativas referentes a ele.

Silvio Rodrigues (1995, p. 344.) define a guarda sob duas óticas, a do dever e a do direito:

A guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho.

Devem os genitores zelar pelos seus filhos a todo o momento, pois os eventos que decorrerem da falta de cuidado para com este repercutirão diretamente na vida daqueles, tanto na esfera particular, aonde os pais serão responsabilizados pelo abandono, tanto na esfera civil, na qual as atitudes do menor são de total responsabilidade de seus genitores, devido a sua incapacidade prevista pelo Código Civil.

No ordenamento jurídico brasileiro estão previstos dois tipos de guarda atribuída aos genitores e aos filhos após o rompimento entre o casal.

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

A guarda unilateral é aquela em que a responsabilidade e o poder de decisão acerca do filho são atribuídos a um dos genitores, cabendo ao outro o direito de participar da vida do infante de maneira pré-determinada. Já na guarda compartilhada, o poder familiar não é restrito apenas a um dos genitores, cabendo a ambos o direito de decisão sobre os assuntos que cercam a vida do filho, exercendo esse de maneira harmônica e flexível.

Fala-se também da guarda alternada, conforme será descrito posteriormente, mas essa não está prevista no Código Civil atual, devido aos efeitos que essa repercute na vida do menor, tais qual a falta de referência de lar para a criança, dificuldade na formação de vínculos com a vizinhança e a rotina conturbada que poderá ser instituída devido as constantes mudanças na realidade do infante.

2.1 Guarda Unilateral

Após a separação dos pais e não havendo um consenso em relação ao exercício da guarda dos filhos, cabe uma decisão judicial julgar e estabelecer o regime de guarda que regerá essa relação, devendo ser a sentença fundamentada com base nas características do caso concreto, ou seja, de acordo com as circunstâncias do vínculo entre genitores e entre seus filhos.

Na guarda unilateral, a sentença determina qual dos genitores irá decidir, de forma unânime, sobre todos os interesses do filho, ficando garantido ao genitor não detentor da guarda o direito de visita, determinado pelo juiz na mesma sentença. O artigo 1584 CC explica como poderá se dar a guarda unilateral, bem como a guarda compartilhada, que será discutida em momento oportuno.

Artigo 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

- I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;
 - II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.
- (...)

O artigo 1583 CC parágrafo 1º primeira parte, traz em seu teor o conceito jurídico de guarda unilateral, “compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”. A guarda unilateral se dá quando um dos genitores abre mão de exercê-la, ou quando o juiz identifica a não aptidão de um dos pais, concedendo a guarda exclusivamente para o genitor ou responsável apto.

O ordenamento jurídico corrente não traz mais a guarda unilateral como regra a ser estabelecida quando não há um acordo entre os pais, conforme preleciona o artigo 1584, § 2º: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.”. O artigo mencionado foi implementado com o advento da Lei nº 13.058/2014 e, a partir de sua vigência, alcançou resultados positivos favoráveis a guarda compartilhada, com aumento na proporção entre os anos de 2014 e 2015, de 7,5% e 12,9%, respectivamente, conforme pesquisas do IBGE em 2015.

Entretanto, mesmo com as mudanças nos índices apresentadas desde a implementação da guarda compartilhada como regra, na maioria dos casos ainda é estabelecida a guarda unilateral à genitora, que, a partir da separação, passa a ser a detentora de toda responsabilidade acerca do filho.

Correspondente a ideia de aptidão dos genitores para o exercício da guarda unilateral, leva-se em conta qual desses terá mais condições de oferecer ao filho um ambiente seguro, com acesso a saúde, educação de qualidade, alimentação balanceada e uma rotina confortável a sua faixa etária, unindo-se as condições materiais às condições psicológicas de proporcionar ao infante o carinho, amor e afeto necessários ao seu amadurecimento saudável, ajudando-o a superar eventual trauma que o rompimento do casal tenha ocasionado. Se ocorrer abandono por parte de um dos genitores, poderá o outro pleitear em juízo a guarda unilateral, para que tenha maior segurança no âmbito dos direitos e decisões tomadas em relação ao menor.

Após a decisão judicial, o genitor que não detém mais a guarda de direito sobre o filho, tem o direito-dever de supervisionar as decisões tomadas pelo guardião, para assegurar se os interesses do filho estão sendo levados em conta na tomada de decisões do primeiro. Recai também sob o não guardião o dever de prestar auxílio financeiro para o custeio do

infante, dever chamado de pensão alimentícia. Esse auxílio tem caráter obrigatório e é considerado direito indisponível da criança, sendo estipulado de acordo com as possibilidades do genitor e das necessidades do menor impúbere, devendo manter o equilíbrio entre esses pontos. O supramencionado valor deve alcançar não só a subsistência do pueril, como também deve abranger direitos como saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade etc.

O devedor de pensão alimentícia configura a única possibilidade de prisão civil prevista no ordenamento jurídico vigente. A falta de pagamento da pensão alimentícia não justifica, por si, a prisão do devedor, medida excepcional que somente deve ser empregada em casos extremos de contumácia, obstinação, teimosia, rebeldia do devedor, que embora possua os meios necessários para saldar a dívida, procura por todos os meios protelar o pagamento judicialmente homologado, de modo a concretizar a assistência familiar e o princípio do melhor interesse do menor. (GONÇALVES, 2011, p. 564)

Por isso mesmo, Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, estabeleceu em seu rol de direitos fundamentais o teor do inciso LXVII do artigo 5º, o qual estabelece que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. A prisão civil do devedor de alimentos é discutida pela doutrina e pelos Tribunais, por ser, a princípio, enquanto que o Pacto de San Jose da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, somente a admite no caso do devedor de alimentos.

O conflito existe porque o artigo 5º, § 3º da Carta Magna prevê que os tratados internacionais têm força de Emenda Constitucional, o mesmo artigo prevê a prisão civil do depositário infiel e devedor de pensão alimentícia. Devido ao caráter de subsistência da pensão alimentícia e sua importância elementar ao filho, é tomada a medida extrema do encarceramento de quem não cumpre com a obrigação, com o objetivo de reprimir essa conduta e garantir os interesses da criança.

As visitas asseguradas ao genitor que não convive com o filho podem ser definidas consensualmente pelos genitores e reduzidas a termo em audiência ou decididas judicialmente, na maioria dos casos sendo exercidas em finais de semana alternados; pode ser o direito requerido preliminarmente à sentença permanente, assegurando o contato entre pais e filhos desde então. Explica Anna Luiza Ferreira que o estabelecimento de visitas é feito quando é utilizado a guarda unilateral e possui duas formas de ser fixado, ou de maneira consensual ou mediante ação judicial, podendo nessa última ser solicitada em caráter liminar, para que o contato entre pais e filhos não seja prejudicado pelo tempo demandado para os

trâmites processuais.

Se o guardião não cumpre o que foi decidido em juízo, poderá a parte que está sendo prejudicado pleitear judicialmente o cumprimento da sentença ou sua revisão, para que o seu direito seja assegurado de uma nova maneira, sendo essa mais eficaz.

Em casos extremos, onde o guardião não entrega o filho ao visitador ou vice-versa, o juiz poderá decretar a busca e apreensão do menor, meio mais drástico de assegurar o direito do procriador e a segurança do menor, respectivamente. Portanto, mesmo não sendo mais preceito no Código Civil, a guarda unilateral é estabelecida na maioria dos casos após o rompimento da relação entre o casal, prevalecendo a figura materna como guardiã legal, cabendo-lhe tomar todas as decisões que se correlacionam com os interesses, direitos e deveres atribuídos ao menor.

2.2 Guarda Alternada

A guarda alternada é um dispositivo jurisprudencial, já que não vem definida no Código Civil, tampouco na Constituição Federal; é encontrada em decisões judiciais, quando as próprias partes demonstram interesse por esta possibilidade. A modalidade, diferente da compartilhada, que será explicado no próximo tópico, é a que os dois genitores são guardiões de direito do filho, sendo dividido equitativamente o tempo entre aqueles, de modo que o menor se divida entre duas residências e duas rotinas diferentes. Esse tipo de guarda gera muita discussão sobre a educação que filho terá e a mudança de rotina constante sobre seu dia a dia. Um exemplo disso é demonstrado pelo julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde diz:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA ALTERNADA. DESCABIMENTO. Se restritivas são as hipóteses em que a guarda compartilhada propriamente dita é viável e adequada, muito mais limitado é o cabimento da guarda alternada, modalidade que, em verdade, foi aplicada pela decisão agravada. Isso em razão da evidente instabilidade que acarreta ao equilíbrio psicológico da criança, que fica submetida a um verdadeiro "cabo de guerra" entre seus genitores, o que muito mais se exacerba quando há acirrado conflito entre eles, como no caso. Por fim, convém frisar que a decisão de origem não se baseou em qualquer avaliação social ou psicológica da criança e seus pais, o que acentua a temeridade da implantação desse sistema. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2016)

Conforme o julgado, a guarda alternada pode gerar instabilidade na relação familiar, o que no caso concreto pode ser agravado pelos conflitos entre os genitores, buscando estabelecer uma relação de poder acerca do filho, descaracterizando a autoridade do outro. Ainda traz a decisão à necessidade de exame psicológico com os envolvidos na lide, para definir a guarda de maneira segura e positiva a criança.

Muito se discute em relação a guarda alternada e seus efeitos negativos para a criança. Tanto é que não é mais decisão recorrente entre os juízes, devidos as consequências graves que traz na relação parental. Nesse modelo, os filhos acabam não tendo uma residência fixa, onde criaria vínculos e estabeleceria relação com o conceito de lar seguro e acolhedor, sendo, na guarda alternada, constante a quebra de continuidade da rotina com os genitores, ora em uma casa, ora em outra, em ambientes diferentes, com relações interpessoais diversas. Essa situação faz com que o menor não estabeleça seu conceito de lar e confunda a mudança de rotina com a ausência dessa, o que é extremamente negativo quando se trata de uma criança em fase de desenvolvimento, onde os limites e a influência fornecidos pelos genitores se fazem fundamentais, pois, “não há constância de moradia, a formação dos hábitos deixa a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se do meio familiar paterno ou materno.”. (GRISARD FILHO, 2002, p. 190).

Denise Maria Perissini da Silva (apud, 2009, p. 14) em sua obra cita Bonfim, que elenca os seguintes malefícios que a guarda alternada pode trazer ao menor:

- Conforme visto, a "guarda alternada" pode trazer os seguintes malefícios ao menor:
1. não há constância de moradia;
 2. a formação dos menores resta prejudicada, não sabendo que orientação seguir, paterna ou materna, em temas importantes para definição de seus valores morais, éticos, religiosos etc;
 3. é prejudicial à saúde e higidez psíquica da criança, tornando confusos certos referenciais importantes na fase inicial de sua formação, como, por exemplo, reconhecer o lugar onde mora, identificar seus objetos pessoais e interagir mais constantemente com pessoas e locais que representam seu universo diário (vizinhos, amigos, locais de diversão etc).

Tem-se a modalidade alternada a característica de conflito psicológico do filho com as influências a que está exposto, os referenciais do pai e da mãe, as regras impostas por cada um desses, quando divergentes, e a duplicidade de lares, não estabelecendo uma relação estável com o ambiente, com seus pertences particulares e com a ideia de segurança e aconchego de um lugar específico.

Ana Carolina Akel (2008, p. 112) afirma que a instabilidade emocional gerada pela guarda alternada é de elevada proporção, fazendo com que os filhos não tenham um lar estável, vivendo em constantes mudanças, ora com um genitor, ora com outro, sendo exposto a casas e a rotinas diferentes, extinguindo, desse modo, o referencial do que é considerado um lar familiar. Na troca constante de lares, a criança não cria o vínculo com o conceito de lar, aquele aonde se encontra a segurança e o aconchego necessário para ela, ficando exposta à mudanças constantes, desde o ambiente até a rotina que seguirá com cada um de seus pais.

Em comparativo entre a supramencionada modalidade de guarda, qual seja a alternada, e a guarda compartilhada, Grisard Filho (2002, p. 190) afirma:

Não poucas pessoas envolvidas no âmbito da guarda de menores, vislumbram um vínculo entre a Guarda compartilhada e guarda alternada, ora, nada há que se confundir, pois, uma vez já visto os objetos do primeiro instituto jurídico, não nos resta dúvida que dele apenas se busca o melhor interesse do menor, que tem por direito inegociável a presença compartilhada dos pais, e nos parece que, etimologicamente o termo compartilhar, nos traz a idéia de partilhar + com = participar conjuntamente, simultaneamente. Idéia antagônica à guarda alternada, cujo teor o próprio nome já diz. Diz-se de coisas que se alternam, ora uma, ora outra, sucessivamente, em que há revezamento. Aliás, tal modelo de guarda não tem sido aceita perante nossos tribunais, pelas suas razões óbvias, ou seja, ao menor cabe a perturbação quanto ao seu ponto de referência, fato que lhe traz perplexidade e mal estar no presente, e no futuros danos consideráveis á sua formação no futuro. Não há constância de moradia, a formação dos hábitos deixa a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se do meio familiar paterno ou materno.

Entretanto, mesmo frente ao entendimento majoritário de que a guarda alternada tem como consequência principal a instabilidade emocional do infante, há situações em que, no caso concreto, as circunstâncias proporcionam a adequação positiva à guarda alternada. Um exemplo disso foi a recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no processo nº 07271641020088130153, publicada em agosto de 2011.

FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SITUAÇÃO DE ALTERNÂNCIA QUE, EMBORA NÃO ACONSELHÁVEL PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA, SE CONSOLIDOU NO TEMPO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ESTUDOS PSICOSSOCIAIS. PROVA SEGURA. CRIANÇA ADAPTADA E FELIZ. SENTENÇA MANTIDA. - A guarda alternada de filho entre pais não é providência que se recomenda quando a autoridade judiciária irá, pela primeira vez, definir quem conservará a prole consigo. - No entanto, se a guarda alternada consolidou-se por mais de três anos e os estudos sociais realizados indicam que o filho encontra-se saudável, feliz e com desenvolvimento emocional normal, não é razoável modificá-la para estabelecer a guarda unilateral.

Diante da decisão, pode considerar a guarda alternada como uma possibilidade supletiva, desde que fique demonstrado profissionalmente que não está causando ao filho questões emocionais que impedem o seu desenvolvimento psíquico pleno.

Portanto, tem-se a guarda alternada características negativas que podem comprometer o desenvolvimento psicológico e o amadurecimento saudável do filho, não tendo esse vínculo resistente com a figura do lar e, conseqüentemente, com a segurança que esse oferece ao menor; sendo, em raros casos, dependendo de análise casuística profunda, implementada pelos tribunais.

2.3 Guarda Compartilhada

A modalidade de guarda compartilhada vem ganhando destaque nos últimos tempos, devido a sua flexibilidade e a interação constante dos filhos com ambos os genitores, não havendo a figura de um desses apenas como uma visita em finais de semanas alternados, como ocorre na guarda unilateral.

Grisard Filho (2002, p. 155) aponta que a guarda compartilhada oferece aos pais a guarda jurídica com poderes idênticos a ambos, ficando os dois responsáveis pelo filho, tendo ambos direitos e deveres a respeito daquele. Dentro dessa relação jurídica igualitária, cabe os pais resolverem à forma que será dada a guarda física, ou seja, qual a casa irá morar e quais serão os momentos de contato com o genitor não coabitante.

Segundo Jamil Miguel (2015, p. 24), a guarda compartilhada implica na atribuição da prerrogativa a ambos os cônjuges, ou companheiros, ou simplesmente guardiães, que devem harmonizar-se no desiderato de dividir os direitos e deveres oriundos do poder familiar de que são detentores.

Carlos Roberto Gonçalves (2015, p.295) conceitua:

Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando numa relação ativa e permanente entre eles e seus filhos.

Outro conceito acerca do tema é trazido pela autora do artigo “Filhos da Mãe - Uma Reflexão da Guarda Compartilhada”, Rosângela Paiva Epagnol, (2003, s.p) a qual a mesma descreve que a guarda compartilhada de filhos menores, e o instituto que visa participação em nível de igualdade de genitores nas decisões que relacionam aos filhos, até que estes atinjam a capacidade plena, em de ruptura da sociedade familiar, sem detrimento, ou privilégio de nenhuma das partes.

No mesmo sentido, entende Venosa (2012, p 185) que:

A ideia é fazer com que pais separados compartilhem da educação, convivência e evolução dos filhos em conjunto. Em essência, essa atribuição reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta em todas as decisões.

Por todo o exposto, a guarda compartilhada tem como características principais a flexibilidade e boa convivência dos genitores, onde será estabelecido a moradia do menor com um dos genitores; todavia, tem o outro genitor o amplo acesso ao filho, a sua rotina e o direito de participar ativamente da vida desse, sendo parte em todas as decisões a serem tomadas em relação a vida da criança, desde o método de ensino até os esportes que esse irá praticar.

O compartilhamento da guarda traz os genitores como pessoas ativas na vida do filho, devendo todas as decisões a respeito desse ser tomadas em conjunto, sendo ambos também responsáveis pelas atitudes que o menor tomar nas relações, além das com os genitores. O convívio ativo entre pai e filho não diz respeito, necessariamente, a moradia conjunta desses.

Acerca do assunto, Roberto Senise Lisboa (2010, p. 174) declara que essa espécie de guarda pode ser exercida de maneira harmônica, pois, mesmo o filho residindo com um dos genitores, a guarda pode ser exercida por ambos, por a guarda não estar diretamente relacionada a presença física do infante junto com o pai. No ordenamento jurídico brasileiro, a modalidade compartilhada é encontrada no Código Civil, em seus artigos 1.583 e 1.584, bem como na Lei 13.058 de 2014.

Conforme aduz o Código Civil, o conceito de guarda compartilhada perfaz:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º [...]Compreende-se por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

Quando encaminhada a demanda ao judiciário, podem as partes decidirem a modalidade de guarda que será implementada ou, diante da falta de concordância, o juiz decidirá diante do caso concreto, tendo como regra geral a guarda compartilhada.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

A Lei 13.058 do ano de 2014 alterou os artigos supramencionados, como o artigo 1.584, que incorporou cinco novos parágrafos, como exemplo o parágrafo segundo, objeto de discussão neste presente artigo; e, ainda, os artigos 1.585 e 1.634, que tratam da medida cautelar de separação de corpos e sua relação com a guarda do menor e da competência de ambos os genitores acerca do exercício do poder familiar respectivamente.

Como visto, a guarda compartilhada foi amparada pelo direito brasileiro como a mais favorável, devido às suas características positivas, como a flexibilidade e a menor modificação no convívio do filho com seus pais.

3 CRÍTICA À LEI 13.058/14

Entre as alterações produzidas pela supramencionada lei, o artigo 1.584, em seu parágrafo 2º, estabelece que, em meio à discórdia entre os genitores a respeito de a quem será atribuído a guarda, deve o magistrado estipular a guarda compartilhada, salvo se um deles abrir mão do instituto.

Art. 1.584

§2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

A imposição da modalidade compartilhada, não o intuito de tal instituto, necessita de uma relação harmoniosa e consensual para que seja eficaz. Para que o filho não tenha mais dificuldades de digerir a separação de seus pais, deve este ser inserido em uma convivência confortável, que não comprometa sua rotina e que não seja exposto a mais litúgio; tais necessidades não seriam respeitadas e preservadas em um ambiente de discussões entre genitores que não têm a capacidade de conviverem e, devido a imposição da guarda compartilhada, estão sujeitos a obrigatoriedade de se relacionarem de maneira flexível, com decisões a serem tomadas a todo o momento que, na teoria, precisam de um ambiente agradável para serem efetivas.

Acerca da discussão proposta, preleciona o escritor Grisard Filho (2009, p. 225), que os pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.

Portanto, a guarda compartilhada imposta em uma relação onde há desentendimentos pode ser extremamente prejudicial aos pais e filhos, desgastando ainda mais os vínculos, que já foram anteriormente abalados pela separação do casal. As desvantagens trazidas pela imposição judicial da guarda compartilhada em uma relação conturbada entre os genitores são afirmadas pelos tribunais mesmo após a edição da Lei 13.058 do ano de 2014; como exemplo, o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso que pleiteava a modalidade compartilhada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. Em se tratando de discussão sobre guarda de criança, é necessária a ampla produção de provas, de forma a permitir uma solução segura acerca do melhor interesse da infante. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas, no caso, diante da situação de conflito, a guarda compartilhada é descabida. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (RIO GRANDE DO SUL,

Conforme aduz o julgado, sem um ambiente harmônico para a tomada de decisões e convívio saudável para com o filho, não se pode falar na guarda compartilhada como a melhor medida, pois diante de conflitos presentes na relação entre os genitores, o contato direto e rotineiro exigido na modalidade ficará prejudicado e será ainda mais desgastante, colocando os interesses referentes ao filho em segundo plano.

Esse contato obrigatório com pessoas que possuem problemas pessoais entre si pode vir a tornar a situação insustentável, proporcionando um ambiente envolto em conflitos e pautado em discussões por questões diminutas, apenas com o objetivo de provocar o outro sujeito. Para a psicóloga Judith Wallerstein (2002, p. 264) a guarda compartilhada, como uma premissa legal para todas as crianças, é uma política equivocada. Em um de seus estudos, analisou que quando existe conflito entre os pais, este instituto pode agravar ainda mais a convivência, e somente reflete positivamente quando há harmonia entre os mesmos. Assim, cada caso deve ser analisado individualmente para verificar qual a melhor solução a ser aplicada para ao infante de forma a evitar traumas pós-divórcio.

A imposição do mencionado instituto pode gerar, dentre outras consequências, a alienação parental entre os genitores. Esse fenômeno é extremamente prejudicial ao desenvolvimento psíquico da criança, pois seus ideais e posicionamentos são influenciados pelas opiniões e ensinamentos dos pais, tendo a palavra desses um poder de convencimento muito amplo sobre os filhos.

A Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, estabelece em seu artigo 2º o conceito de alienação parental:

Art. 2º. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

A alienação visa dificultar a convivência do filho com um de seus genitores ou responsáveis, sendo exercida de inúmeras formas; o parágrafo único do supracitado artigo traz em seus incisos, rol exemplificativo, como dificultar o exercício da autoridade parental (inciso II) e apresentar falsa denúncia contra o genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente (inciso VI). Conforme visto, a alienação parental é fenômeno negativo com consequências sérias à integridade psicológica do menor; em um ambiente de desavenças e com obrigatoriedade de convivência, esse quadro é ainda mais agravado.

As consequências negativas da alienação são inúmeras, provocando abalos psicológicos inegáveis e influenciando diretamente na formação do caráter do infante, que terá o seu desenvolvimento psíquico envolto de traumas e de conflitos com a relação entre os genitores. Uma das consequências que acarretaria deste desentendimento entre os pais é a chamada de implantação de falsa memória, onde Mônica Guazzelli Estrougo (2010, p. 530) aduz:

O que se denomina Implantação de Falsas Memórias advém, justamente, da conduta doentia do genitor alienador, o qual começa a fazer com o filho uma verdadeira ‘lavagem cerebral’, com a finalidade de denegrir a imagem do outro – alienado – e, pior ainda, usa a narrativa do infante, acrescentando, maliciosamente, fatos, não exatamente como estes se sucederam. O filho aos poucos vai se “convencendo” da versão que lhe foi ‘implantada’. O alienador passa então a narrar à criança atitudes do outro genitor que jamais aconteceram ou que aconteceram em modo diverso do que foi narrado.

Conforme trata a autora, cria-se uma realidade distorcida, manipulada pelo genitor alienante, onde a criança passa a ver o outro genitor como alguém que deve se ter raiva e medo. A situação se agrava ao longo do tempo de alienação, podendo o quadro ser ainda mais complexo, podendo a criança criar fatos que na verdade não aconteceram, todos tendo o pai, por exemplo, como o “vilão”, ou aquele que a abandonou.

Outro aspecto a ser levado em conta quando da fixação da guarda é o princípio do melhor interesse da criança, constante na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente; não é previsto de forma expressa, mas suas disposições são baseadas nesse instituto. De acordo com o artigo 1º do ECA, o estatuto dispõe sobre a proteção integral do descendente, visando em todo o seu corpo em assegurar o bem estar e a segurança da criança e do adolescente em diversas situações em que podem ser desrespeitadas.

O princípio do interesse do menor obteve tamanha preeminência na seara do Direito de Família que passou a ser o elemento norteador dos ordenamentos, nesse âmbito. Assim, o legislador, tanto no caso brasileiro, como no português indicou que o juiz e o Tribunal devem solucionar as divergências nesse campo, levando sempre em consideração o melhor interesse da criança. A utilização deste conceito pelo legislador permite um alargamento dos poderes avaliativos do magistrado e atribui ao mesmo o poderio de julgar convenientemente. (SILVA, 2016, p.84)

Portanto, quando o magistrado, no caso concreto, estiver diante de um conflito entre genitores sobre a guarda que será atribuída ao filho e não formar sua convicção apenas com os pareceres daqueles, tem esse a prerrogativa de julgar com base no melhor interesse do menor, podendo esse vir a ser ouvido em juízo, apresentando de acordo com suas experiências com os pais e com a sua realidade, sua preferência, não diretamente, devendo suas palavras ser

interpretadas por um corpo técnico, composto de psicólogos e assistentes sociais, e utilizado pelo julgador como forma de implantar a melhor modalidade de guarda, seja a unilateral ou compartilhada, para a criança, visando assegurar o melhor ambiente para que essa possa se desenvolver.

Nos tribunais, o julgamento baseado no princípio do melhor interesse da criança é constante, sendo admitido em diversos casos; como exemplo, tem-se o julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que negou o pedido de modificação de guarda com base no supramencionado princípio:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA REQUERIDA PELA GENITORA. GENITOR QUE POSSUI A GUARDA DE FATO DOS FILHOS DESDE 2007. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DOS MENORES. ESTUDO SOCIAL CONCLUSIVO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Nas ações envolvendo a disputa pela guarda de menor deve ser observado o princípio do melhor interesse, além das garantias de segurança afetiva e emocional, promoção da saúde e do desenvolvimento sadio, da educação e dos atributos intelectuais, além do afeto e de um salutar convívio familiar, cabendo a guarda àquele que demonstra reunir as melhores condições para dirigir a educação dos menores. 2. Indicando os estudos técnicos que o pai reúne todas as condições necessárias ao exercício da guarda, inexistente justo motivo para a inversão da mesma, assegurando-se a relação materno-filial por meio da livre visitação. 3. Desprovimento do recurso. (RIO DE JANEIRO, 2015)

Pelo julgado, entende-se que o interesse da criança deve ser preponderante a outras alegações apresentadas pelos genitores, devendo a sua segurança, estabilidade social e proteção ao desenvolvimento material, moral e social serem o norte para qualquer tomada de decisões a respeito do convívio com os genitores que serão estabelecidos pelo judiciário, sendo assegurado a relação com os pais de forma segura e benéfica à criança, cabendo ao genitor que ostentar melhores condições de proporcionar ao filho o que for necessário para seu desenvolvimento sadio permanecer com a guarda do último, sendo, nesse caso, o genitor considerado a melhor opção para os filhos.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, esses sujeitos, considerados vulneráveis na esfera jurídica, possuem certos direitos que deverão ser preponderantes aos demais, devendo seus responsáveis, em parceria com as políticas públicas de proteção à criança e o adolescente, proteger-lhes e garantir-lhes sua efetivação. Um exemplo desses direitos é trazido pelo artigo 15, do Estatuto supramencionado, afirmando que “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”. O dispositivo visa a proteção do infante para que este tenha a adequada formação psicológica e um próspero desenvolvimento físico e moral. Para que isso

seja possível, faz-se necessário um ambiente harmonioso, aonde os pais ou responsáveis contribuam para esse crescimento e não agreguem seus problemas de convivência mútua e faltam de companheirismo, decorrentes de eventual separação litigiosa, às confusões que já permeiam a evolução da pessoa que ainda não tem sua personalidade formada.

Outro direito que visa o crescimento saudável da criança ou do adolescente é demonstrado no artigo 19 do ECA, que diz ser “direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”. Tal dispositivo garante ao filho o convívio, sempre que possível com os genitores, em um ambiente aonde o primeiro tenha plenas condições de edificar seus ideais e fortalecer sua personalidade, de maneira digna e segura. A melhor forma de essa formação concreta de seu caráter acontecer é em uma esfera de amor, carinho e tranquilidade, devendo esse meio ser proporcionado pelos pais, visando sempre o filho como prioridade e como fim da relação constante entre eles. Portanto, o foco dos genitores deve ser o infante e sua formação física e moral; porém, se existem empecilhos na relação entre eles que são maximizados quando entram em contato direto para a discussão de qualquer ponto da vida do filho, não se mostra positiva ou prática a guarda compartilhada ser imposta a eles, tornando-se essa um gatilho para mais desarmonia, brigas e discussões, sendo essas extremamente prejudiciais a criança envolvida na relação.

CONCLUSÃO

A guarda compartilhada teve como parâmetro o objetivo de conciliar famílias que tiveram uma relação conturbada ocasionando a separação conjugal. Alterando a imposição sobre a legislação da guarda compartilhada, buscava-se uma reaproximação entre os pais e filhos, talvez não uma reconciliação, mas sim um melhor convívio entre eles.

Porém, ao buscar a solução no caso concreto, constatou-se que é necessário que seja aplicada somente nas situações que são regidas por um bom relacionamento dos genitores, tomando conjuntamente a decisão de ser implementada a guarda compartilhada. Quando imposta essa modalidade à genitores em conflito, poderá, ao invés de proporcionar a criança uma menor interferência em sua rotina constante da separação, irá levá-la a uma situação de maior instabilidade, ocasionando reflexos negativos em sua formação psíquica.

Logo a intenção da lei em atribuir a medida de forma impositiva pode ser considerada não eficaz quando dialoga com as situações de fato, permeadas por conflitos que seriam agravados em uma convivência co participativa que exige a solução de questões

relacionadas aos seus filhos de forma harmônica e consensual.

Exige-se, portanto, cuidado do magistrado ao implantar a modalidade compartilhada, analisando o caso concreto, ponderando o melhor para a criança, visando a sua proteção e sua segurança como nortes absolutos para a decisão, e se baseando em conhecimentos diversos, como por exemplo, análise psicológica dos envolvidos na lide e suas reais intenções quando da resolução do litígio, evitando, assim, que os interesses divergentes entre os pais não passem a ser utilizados como forma de manipulação do filho, podendo surgir, no caso de manipulação extrema contra um dos genitores, a alienação parental.

Por fim, deve ser a decisão baseada não apenas no que o legislador considera mais adequado ao instituto, pois o caso concreto não se esgota nos entendimentos doutrinários, sendo cada situação fática diversa, com conflitos motivados por inúmeros motivos, não podendo atribuir uma regra, como a guarda compartilhada, para casos aonde o concerne da lide não foi resolvido em um primeiro momento, devendo a questão ser amplamente discutida, buscando a melhor solução para todos os envolvidos e visando de forma absoluta a proteção da criança, que será a mais afetada com as mudanças ocasionadas pela guarda a ser atribuída.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: Um avanço para a família. São Paulo: Atlas, 2008.

BONFIM, Paulo Andreatto apud SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e síndrome de alienação parental**: o que é isso? Capinas: Armazém do Ipê, 2009, p. 14.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação cível** Nº 70067405993. Relator: BOAS, Alberto Vilas. Julgado em 02/08/2011. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br>> Acessado em 16 abril 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação cível** Nº 0028434-16.2008.8.19.0001. **Relator: LEME**, Elton Martinez Carvalho. **Julgado em 11/03/2015. Disponível em** <<http://www4.tjrj.jus.br>> **Acessado em 23 abril 2017.**

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento** Nº 70067405993. Relator: SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Julgado em 18/02/2016. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>> Acessado em 16 abril 2017.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 abril 2017.

_____. **Guarda Compartilhada**: Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 19

abril 2017.

_____. **Código Civil**: Lei 10.406. Promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 abril 2017.

_____. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 19 abril 2017.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil**. Direito de Família. Editora Atlas, São Paulo, 2012.

EPAGNOL, Rosângela Paiva. **Filhos Da Mãe** (Uma Reflexão À Guarda Compartilhada) – Artigo publicado no Publicada no Juris Síntese nº 39 - jan/fev de 2003.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. A falsa denúncia de abuso sexual. In: **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas, São Paulo: Millenium, 2010.

FERREIRA, Anna Luiza. **Pontos importantes da guarda unilateral e compartilhada**. 2015. Disponível em <<http://annaluizaferreira.adv.br/biblioteca-virtual/artigos/154-pontos-importantes-da-guarda-unilateral-e-compartilhada>> Acesso em: 10 abril 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005

_____. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada**. Revista dos Tribunais. 2002.

_____. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 4ª rev., atual. e ampl.. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual do Direito Civil**. Direito de Família e Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2010.

M. B. Dias. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MIGUEL, Jamil (Ed.). **A guarda compartilhada agora é regra**: Comentários à lei nº 13.058/2014. Campinas: Millennium, 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A Culpa nas Relações de Família, em Questões controvertidas no direito de família e das sucessões**. São Paulo: Editora Método. 2006.

WALLERSTEIN, Judith; LEWIS, Julia; BLAKESLEE, Sandra. **Filhos do Divórcio**. Tradução Werner Fuchs. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

ANTECIPAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL: DISCORDÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AUMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA COMO CONSEQUÊNCIA DA DECISÃO DO HABEAS CORPUS 126.292 DO STF

Giowana Parra Gimenes da CUNHA¹

RESUMO

Iniciando-se da premissa de que a garantia constitucional de presunção de inocência positivada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, seja um dos princípios norteadores do devido processo legal, visto que protege a liberdade do homem perante a autoridade do Estado, é possível que se questione a efetividade desse princípio na aplicação do direito brasileiro. Destarte, o estudo analisa a provável desconsideração do referido princípio fundamental na decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 126.292, no dia 17 de fevereiro de 2016, por antecipar a execução penal após decisão condenatória em segundo grau de jurisdição. Realçando a função de proteção da Suprema Corte à Constituição Federal, é impactante observar que os próprios guardiões desprestigiaram o princípio intrínseco à proteção da liberdade da pessoa humana. Observa-se o possível aumento da população carcerária nos presídios brasileiros já superlotados e com título de Estado de Coisas Inconstitucional, como possível consequência do novo entendimento jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Presunção de Inocência; Supremo Tribunal Federal; Sistema Prisional Brasileiro

ABSTRACT

Starting from the premise that the constitutional guarantee of presumption of innocence affirmed in article 5, item LVII, of the Federal Constitution of 1988, is one of the guiding principles of due process, since it protects the freedom of man before the authority of the State, it is possible to question the effectiveness of this principle in the application of Brazilian law. Thus, the study examines the probable disregard of this fundamental principle in the decision of the Federal Supreme Court in the judgment of Habeas Corpus 126,292, on February 17, 2016, for anticipating the criminal execution after a conviction in the second degree of jurisdiction. Highlighting the Supreme Court's protection function to the Federal Constitution it is shocking to note that the guardians themselves discredited the principle intrinsic to the protection of the freedom of the human person. It is observed the possible increase of the prison population in the Brazilian prisons already overcrowded and with title of State of Things Unconstitutional, as a possible consequence of the new jurisprudential understanding.

KEY-WORDS: Principle of Presumption of Innocence; Federal Court of Justice; Brazilian Prison System

INTRODUÇÃO

1 Giowana Parra Gimenes Da Cunha é auxiliar jurídica formada pela Escola Técnica Estadual de Lins (ETEC de Lins/SP) Curso Técnico em Serviços Jurídicos e graduanda em Direito pela Univem – Centro Universitário Eurípides de Marília.

A garantia constitucional da presunção de inocência foi prevista primeiramente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, na França, por meio de princípios iluministas, prevalecendo como princípio clássico nas democracias contemporâneas. Este princípio tem fundamento de garantia ao assegurar a não consideração de culpado ao indiciado antes que sua culpabilidade seja devidamente provada.

O princípio garantista destacado se faz presente na Constituição Federal promulgada em 1988, com inspiração em Declarações Universais dos Direitos Humanos, instrumentalizadas em Tratados Internacionais, trazendo aos poderes estatais um caráter humanista nas formulações e execuções de legislações, a fim de proteger o indivíduo da coerção ilegítima daquele que tem a força para ser considerado o maior criminoso universalmente: o Estado.

Este estudo tem o objetivo de analisar a relevância do princípio do *status* de inocência do réu, positivado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição federal de 1988, durante o processo penal. Assim como, a inaplicabilidade do princípio constitucional a partir do novo entendimento jurisprudencial originado da decisão do Habeas Corpus 126.292-SP, julgado em 17 de fevereiro de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal, o qual autoriza a antecipação da execução após decisão condenatória de segundo grau de jurisdição. Alterou-se, portanto, o entendimento do Supremo provido pela da decisão do Plenário do Habeas Corpus 84.078-SP realizado em 05 de fevereiro de 2009.

A incompatibilidade do novo entendimento do STF com a supremacia do texto constitucional é identificada através da própria interpretação antagônica à taxatividade do princípio da presunção de inocência, que exige o transito em julgado para provar a culpabilidade e possibilitar a execução penal, como regra. A antecipação da execução penal viola a máxima originada do princípio em destaque, por considerar culpado, sendo fundamento da execução penal, o indiciado que ainda tem a possibilidade de impetração de recurso às instâncias superiores do Poder Judiciário, ou seja, encarceramento sem ter a culpa devidamente provada.

A fase de consolidação da garantia fundamental se dá na aplicabilidade efetiva do texto constitucional. Em referência ao pensamento do ilustre filósofo Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito (1979), a legitimidade de uma Constituição deve ser medida pelo princípio da efetividade, devendo suas normas ser aplicadas e observadas no caso concreto. De nada valerá o princípio da presunção da inocência a partir do novo entendimento do STF, sendo que não poderá ser aplicado o direito fundamental do indivíduo para sua defesa e proteção durante o processo penal.

O presente trabalho desenvolve-se pelo método dedutivo, com utilização de pesquisas bibliográficas e acervos da internet, objetiva registrar fatos, analisa-os, interpreta-os e identifica suas causas. Dessa forma, os procedimentos metodológicos adotados se referem, primeiramente, ao levantamento bibliográfico que tem possibilitado à discussão teórica do objeto de pesquisa.

Diante da precária situação do sistema prisional brasileiro pela superlotação, observar-se-á a respeito das possíveis consequências do novo entendimento jurisprudencial do Supremo, e os reflexos negativos da restrição do princípio da não culpabilidade pelo órgão que deveria proteger e garantir a aplicabilidade da norma constitucional.

Tão somente, busca-se justificar os motivos que levaram a reprovabilidade da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 126.292-SP por restringir a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência, a sua incompatibilidade com a função do STF de guardião à Magna Carta e a estranheza dos entendimentos jurisprudenciais do Supremo que refletem no desumano sistema carcerário brasileiro.

1. DA DECISÃO

O novo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que permite a execução da pena privativa de liberdade após decisão condenatória em segundo grau de jurisdição originou-se do julgamento do Habeas Corpus 126.292/São Paulo, realizado no dia 17 de fevereiro de 2016, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, sessão do Plenário à qual se fizeram presentes os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Teori Zavascki como relator da sessão.

O Habeas Corpus 126.292/São Paulo foi impetrado contra decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Francisco Falcão, que indeferiu o pedido de liminar no Habeas Corpus 313.021/São Paulo.

O paciente, Marcio Rodrigues Dantas, foi condenado em primeiro grau de jurisdição pela prática de crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, previsto do artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II do Código Penal, cometido no dia 28 de junho de 2003, devendo cumprir 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de pena privativa de liberdade em regime fechado. Seguindo a soberania do duplo grau de jurisdição como princípio básico constitucional e também essencial ao processo penal, mesmo que implícito, o paciente teve direito a recorrer em liberdade à segunda instância.

Em apelo ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o provimento do recurso foi

negado, e de imediato expediu-se o mandado de prisão ao réu Marcio Rodrigues Dantas, antes da impetração de recurso especial e extraordinário. Antecipou-se, portanto, a execução da pena privativa de liberdade, pois a decisão não se tratava de decisão transitada em julgado, e o julgamento não apresentava motivação para prisão de natureza cautelar, conforme a regra prescrita no *caput* do artigo 283 do Código de Processo Penal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Em razão disto, a defesa impetrou com Habeas Corpus ao Superior Tribunal de Justiça, a fim de contrariar a ordem de prisão emitida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Habeas Corpus, em seu sentido etimológico, vem do latim “*habeo, habere*” que significa tomar ou trazer e “*corpus, corporis*” que significa corpo, constituindo a acepção de “toma o corpo” segundo lição de Guilherme de Souza Nucci citando Antonio Magalhães Gomes Filho (NUCCI, 2010, p. 964). No ordenamento jurídico brasileiro o *Habeas Corpus* é uma ação de impugnação, não mero recurso, e tem finalidade de impedir abusos e ilegalidades contra a liberdade individual de locomoção. Historicamente, o *Habeas Corpus* chegou ao Brasil através do decreto de 23 de maio de 1821, com Dom João VI, e a partir de então esteve presentes em todas as Constituições subsequentes, exceto no Ato Institucional nº de 1968, durante a tão tenebrosa Ditadura Militar.

Presente no artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal, o *Habeas Corpus* é “verdadeiro instrumento para assegurar direitos e garantias fundamentais, como a liberdade e a realização de justiça” (NUCCI, 2010, p. 964). Segundo este fundamento, a defesa do paciente Marcio Rodrigues Dantas, impetrou o *Habeas Corpus* a fim de evitar o seu encarceramento antes do momento devido, para assegurar-lhe o direito de recorrer em liberdade às instâncias superiores.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça indeferiu o pedido de liminar. De acordo com o Senhor Presidente, Ministro Francisco Falcão, observava-se a inadequação do “manejo de habeas corpus contra decisório do Tribunal *a quo* atacável pela via de recurso especial” segundo o entendimento majoritário da Quinta e Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Na sequência, a defesa impetrou com Habeas Corpus ao Supremo Tribunal Federal a fim de alcançar o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade, tendo seu pedido de liminar deferido.

O julgamento do Pretório Excelso a respeito do *Habeas Corpus* 126.292/São Paulo

difundi-se em questionamentos sobre a amplitude e efetividade do princípio constitucional da presunção de inocência, a respeito do qual dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, evidenciando a regra oriunda deste, de que o réu não deve ser tratado como se culpado fosse antes de decisão transitada em julgado, ou seja, sem pendências de impetração de recurso em instâncias superiores, nos casos de execução penal.

Os Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal presentes na Sessão do Plenário no dia 17 de fevereiro de 2016 rivalizaram seus votos a respeito da matéria em destaque, mas a votação não foi acirrada. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, por maioria de 7 (sete) a 4 (quatro) votos, e nos termos do voto do Relator Teori Zavascki, revogaram a liminar antes concedida a Marcio Rodrigues Dantas, nãoconcedendo a ordem de *Habeas Corpus* para que o paciente recorresse em liberdade e legitimaram o mandado de prisão proferido na decisão condenatória do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O argumento sobressaído o qual o Relator, o Ministro Teori Zavascki, apresentou em seu voto e que incentivou esta decisão, é que a execução penal, após decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, não compromete o princípio da presunção de inocência, que foi também apreciado nos votos dos Ministros Edson Fachin e Luiz Fux.

A Senhora Ministra Carmen Lúcia, ao acompanhar o voto do Ministro Teori Zavascki, complementando-o, destacou que é de peculiaridade dos recursos ordinários o exame de fatos e provas, que após os seus julgamentos ocorre uma espécie de preclusão da matéria que envolve os fatos da causa, manifestando-se que:

[...] não parecia ruptura ou afronta ao princípio de não culpabilidade penal o início do cumprimento de pena determinado quando já exaurida a fase de provas, que se extingue exatamente após o duplo grau de jurisdição, porque então se discute o direito.

Quanto a isto, os ministros que formularam seus votos a favor da revogação da liminar impetrada no referido julgamento seguiram a linha de raciocínio processual penal quanto à superação do princípio da presunção de inocência após certo “juízo de culpa”, como expressamente dito pelo Relator, pré definindo a culpabilidade do réu em condenação provinda de ação penal em primeiro grau de jurisdição, fundamentada após exame de provas. Concretizado o direito do duplo grau de jurisdição, se houver recurso ordinário à segunda instância, e posterior condenação, ficaria afixada a culpabilidade do réu, extinguindo o reexame sobre fatos e provas da causa, ainda em instância ordinária. Comprovada a culpabilidade, como fundamento expressivo para a execução penal, não teria necessidade de o

paciente recorrer em liberdade após decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, pois o réu já não seria mais “presumidamente inocente”, segundo voto majoritário dos ministros do STF.

Em razão disto, denotou também o Senhor Ministro Gilmar Mendes que a fundamentação dos recursos especiais e extraordinários são vinculados a questões federais e constitucionais, respectivamente, não tendo efeito suspensivo, ou seja, não concedendo a suspensão da execução penal até julgamento em instância superior, de acordo com artigo 637 do Código de Processo Penal o qual profere que “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. O Ministro Edson Fachin aponta que os recursos extraordinários e especiais são recebidos meramente no efeito devolutivo do recurso. Ambos os Ministros fundamentaram seu voto para a revogação da liminar.

Aliando-se ao voto de denegação à “ordem de habeas corpus, com a conseqüente revogação da liminar concedida” proferida pelo Relator Teori Zavascki, o Ministro Luis Roberto Barroso ao fundamentar seu voto, trás manifestação que requer prudência, o qual tece que “O princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da Lei penal”.

Data vênia, com devidas considerações aos Ministros que votaram a favor da revogação da liminar, definindo majoritariamente a decisão do HC 126.292/SP, advertir-se-á quanto à desatenção à supremacia da norma constitucional, expressamente explícita na sustentação apresentada no voto do Senhor Ministro Luis Roberto Barroso, o qual ponderar-se-á como de “menor peso”, contrariamente à consideração da norma como suprema, de maneira que a fundamentação do Ministro não corresponde à sublime existência da Lei Maior no ordenamento jurídico brasileiro.

A norma Constitucional tem caráter basilar a todo ordenamento jurídico regido por um sistema democrático de direito, sendo motivo para a sua definição como norma fundamental. Seu conteúdo limitador do poder do Estado, estabelece que nenhuma lei ou ato normativo deva ir além dela. Para tanto, cita-se o sentido jurídico-positivo da Constituição estabelecido pelo ilustre filósofo Hans Kelsen, que caracteriza a Lei Maior como a primeira fonte para elaboração das demais regras do ordenamento jurídico, sendo a norma positiva suprema, pois é nela que se consigna os valores individuais, sociais e políticos a serem protegidos. Logo, a Constituição Federal não deve ser esboçada como de “menor peso” e sim como a de maior força legislativa.

Pode-se identificar a afronta ao texto constitucional do referido princípio da

presunção de inocência a partir da mera literalidade da norma positiva, a qual apresenta a máxima de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LVII).

O texto normativo supremo não condiciona, como popularmente dito, que “ninguém será considerado culpado até que se prove o contrário”, ou seja, a definição de culpa provinda da preclusão da análise de provas em recurso ordinário assim fundamentado nos votos majoritários dos Ministros do Supremo. O trânsito em julgado, que é o final da possibilidade de apresentação de recursos, é o fundamento essencial para motivar a execução penal, como regra, expressamente taxado no princípio constitucional.

O Ministro Marco Aurélio, contrariamente aos votos da maioria dos presentes nesta referida sessão do Plenário, manifestou celeberramente que:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.

Contudo, apesar do princípio de presunção de inocência ser implícito no texto constitucional, a regra originada dela é clara. Portanto, a interpretação diversa da taxatividade do princípio que garante a liberdade do indivíduo favorecendo o direito individual do devido processo legal, “esvazia o modelo garantista decorrente da própria Constituição Federal”, conforme obtemperou o Ministro Marco Aurélio.

A Senhora Ministra Rosa Weber, em sua explanação convergente ao deferimento da liminar ao paciente Marcio Rodrigues Dantas, considera a ameaça ao princípio constitucional um causador de resultado “muito caro à sociedade” e afirma que a interpretação diversa à taxatividade do princípio de presunção de inocência não seja o caminho ideal a ser seguido no devido julgamento.

Segundo Ministros que divergiram à maioria dos votos, fundamentando suas explanações a favor da concessão à liminar do *Habeas Corpus*, o próprio texto constitucional diz-se que, em regra, só se comprova a culpabilidade após decisão transitada em julgado. Logo, entende-se que se há pendência de recursos, não há trânsito em julgado, portanto não há culpabilidade. Sendo a culpabilidade o fundamento e a limitação da execução penal, legitimar o mandado de prisão expedido por órgão de segundo grau de jurisdição, certamente também legitima a execução precoce da pena, sem ter-se a culpa devidamente provada.

Portanto, assim como manifestado no exemplar voto do Senhor Ministro Celso de Melo, “a presunção de inocência somente perderá sua eficácia e sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, ou seja, a partir da condenação criminal

irrecorrível é que sobrevir a descaracterização do princípio do estado de inocência, que é princípio fundamental concebido em favor de todo e qualquer brasileiro sujeito a atos de perseguição estatal. Diante desta máxima, é imposto ao Poder Público “um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades”.

Como bem apontado por esse Ministro do Supremo Tribunal Federal, o julgamento de Marcio Rodrigues Dantas não apresentava ensejadas modalidades de tutela cautelar penal, a prisão temporária e a prisão preventiva, que seriam exceções ao princípio de presunção de inocência por apresentarem justificativas concretas que ressalvam ao princípio de não culpabilidade como a periculosidade do réu em razão do dever estatal de proteção à coletividade.

Logo, perante a concepção de supremacia da norma constitucional de presunção de inocência em atenção ao julgamento do *Habeas Corpus* 126. 292, a execução penal expedida por ordem de prisão em condenação de segundo grau de jurisdição – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – infringe o princípio constitucional. Essa importante observação deveria provir de toda a Corte Suprema, em vista de que, segundo Senhor Ministro Celso de Melo, é competência do Supremo Tribunal Federal “de fazer prevalecer o primado da própria Constituição da República”.

O Pretório Excelso tem suas competências positivadas no artigo 102 da Constituição Federal, o qual em seu caput traz “a guarda da Constituição”. Em razão disto, é possível considerar que Ministros que difundiram seu voto a favor do indeferimento da liminar no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, legitimando o mandado de prisão do paciente, ao olvidar a supremacia do princípio garantista de presunção de inocência, deixaram de observar também a sua principal atribuição que é a proteção à efetividade das normas constitucionais essenciais para a defesa do indivíduo perante o Estado.

Em contrapartida aos votos majoritários do referido julgamento, o Ministro Celso de Melo expressa sua inconformidade com a posição dos 7 (sete) ministros do Supremo, e defende a sua competência enquanto guardião da Carta Magma:

Lamento, Senhores Ministros, registrar-se, em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República, essa preocupante inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista, revelada em julgamento que perigosamente parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado.

Contemplando as célebres manifestações dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber e Celso de Melo, defensores do princípio constitucional de não culpabilidade nesse julgamento, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski,

relembrou em seu voto dizeres do Ministro Eros Grau no Julgamento do Habeas Corpus 84.078, o qual também foi posto em questão a efetividade do princípio de presunção de inocência, destacando que nenhum outro argumento, por mais relevante que seja para a efetividade da Justiça, podem ultrapassar a supremacia do texto constitucional. Contestação que fizera às manifestações presentes nos votos majoritários do HC 126292 que vangloriavam situações que minimizavam o texto constitucional para o desuso.

O Senhor Presidente, em contrapartida aos argumentos dos Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin, retomou também em seu voto lições trazidas das eminentes doutrinas da professora Ada Pellegrini Grinover, do professor Antônio Magalhães Filho e do professor Antônio Scarance Fernandes, as quais ponderavam que a regra da lei ordinária do artigo 637 do Código de Processo Penal não estava em conformidade com o princípio situado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, pois a lei infraconstitucional cita o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo, ou seja, a possível execução da penal antes da impetração de recurso às instâncias sediadas em Brasília.

Logo, diante desta regra ordinária estabelecida no artigo 637 do Código de Processo Penal, não seria aplicado o princípio de presunção de inocência que exige o trânsito em julgado para o início da execução penal, que de acordo com sua natureza constitucional deveria ter aplicação imediata. Portanto, a argumentação que se vale de dada supremacia de lei infraconstitucional, minimizando um princípio constitucional, não poderia provir de Ministros do Pretório Excelso que tem como dever a guarda da Constituição Federal, como o fez na votação não unânime do referido julgamento.

Diante dos votos da maioria nos termos do voto do Relator Teori Zavascki, a Corte Suprema proferiu a decisão denegatória da ordem de *Habeas Corpus* e revogou a liminar pretendida pela defesa de Marcio Rodrigues Dantas. Consequentemente, originou-se o novo entendimento jurisprudencial ao qual autoriza a execução penal após decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, sem que tenha transitado em julgado. Questiona-se, portanto, a inconstitucionalidade da decisão do próprio Supremo Tribunal Federal neste referido julgamento.

A antecipação da execução penal infringe a garantia constitucional do devido processo criminal dialético, pois acarreta obstáculos à aplicabilidade de recursos de índole excepcional o qual acompanha o postulado da ampla defesa. Ultrapassando, portanto, os maiores pilares do regime Democrático de Direito do Estado brasileiro.

Como bem observaram os Ministros do Supremo que votaram a favor da liminar no julgamento do HC 126 292, esta decisão infringe o princípio da presunção de inocência

consagrado pela Constituição Cidadã, causando efeitos irreversíveis à sociedade brasileira e comprometendo a segurança jurídica do Estado Democrático de Direito. Em lástima, assim como mencionado pelo Senhor Ministro Marco Aurélio, o julgamento do dia 17 de fevereiro de 2016, não fora uma tarde feliz em termos jurisdicionais na vida do Supremo Tribunal Federal, pois fora tomada uma decisão desfavorável à sua sublime competência de proteção à Carta Magna.

2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Entre os direitos e deveres individuais e coletivos consagrados na Constituição Federal de 1988, expressa-se em seu digníssimo artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Por se tratar de texto constitucional sobrevivendo de postulados valorativos da liberdade humana, considera-se este como um dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O dispositivo constitucional retrotranscrito, vem titulado como princípio constitucional, e, apesar de ter sua nomenclatura implícita, se aduz princípio da presunção de inocência.

Diante do relevante conteúdo do texto constitucional, entende-se princípio como aquele que vem primeiro. Para tanto, o princípio constitucional de presunção de inocência é tido como um dos valores basilares a todo o ordenamento jurídico, por ser transcrito por Lei Maior posicionada no topo da pirâmide normativa, acarretando a função de direcionar toda norma jurídica e ato normativo em compatibilidade com o seu preceito.

Portanto, é preciso analisar o princípio da presunção de inocência, conhecido também com princípio da não culpabilidade, diante do seu valor ideológico e sua acepção técnica dentro do sistema normativo brasileiro, para que se possa destacar a sua real importância e a reprovabilidade do esquecimento da supremacia do devido princípio no julgamento do Habeas Corpus 126 292 de 2016.

O princípio da presunção de inocência se correlaciona com o espírito de liberdade individual em face do poder estatal, originado nas filosofias iluministas do século XVIII. De acordo com as classificações dos direitos fundamentais, a liberdade do indivíduo é considerada direitos negativos ou direitos de resistência, sendo o valor supremo que motivou o primeiro movimento constitucionalista.

A correlação ao princípio da presunção de inocência se dá a partir do momento que este inibe a intervenção arbitrária do Estado contra a liberdade do indivíduo, ao obrigar o poder estatal a não considerar culpado aquele tido apenas como indiciado até decisão

transitada em julgado. Ou seja, demonstra que a liberdade individual, observada como direito público subjetivo, deve prevalecer à cima do *jus puniendi* do Estado. É nesse sentido que depreende a doutrina de Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p.37):

É justamente por isso que na leitura da expressão ‘presunção de inocência’ há de ser considerado prioritariamente o seu valor ideológico; trata-se, como afirmou Pisani, de uma presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.

Sob esse enfoque, vale considerar que o princípio da presunção de inocência pertence à primeira geração de direitos fundamentais presente na Constituição Federal de 1988, difundido na categoria de direitos fundamentais negativos ou direitos fundamentais à resistência, por deixar prevalecer à supremacia da garantia individual de liberdade até a comprovação da devida culpa no processo penal.

É digno de nota considerar que toda norma fundamental se respalda em um único núcleo essencial: a dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade humana, em sua magnitude, é intrínseco à interpretação e aplicação efetiva de toda lei, ato normativo ou ato administrativo ao caso concreto, sendo o princípio possuidor da tutela fundamental de garantir o mínimo existencial ao indivíduo. O direito à liberdade é imprescindível a este “mínimo”. Para tanto, a liberdade, sobretudo a dignidade da pessoa humana, são direitos ideias à pessoa natural, (BONAVIDES, 2012, p. 580) e o princípio da presunção de inocência nada mais é do que uma espécie de instrumento constitucional que protege esses valores sublimes.

No que se refere ao processo criminal, a utilidade do princípio da presunção de inocência se faz presente no ônus probatório do processo penal, assim como definido nas funções de presumir-se inocente o indiciado prescritas por Alexandre de Moraes (2005, p. 390).

A prova no processo penal tem a finalidade de revelar, na medida do possível, a verdade denominada real, material ou substancial, bem como, a verdade processual. Diante da verdade verossímil apresentada por aquele que alegou a existência do fato criminoso, é necessário *probare*. Provar é mostrar ao magistrado de que “os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição” (NUCCI, 2011, p. 389), sendo a veracidade de um fato litigioso de extrema relevância à punibilidade penal, pois esta enfoca valores sublimes que foram conquistados ao longo da história do país.

Houve tempos na história do direito brasileiro em que o indivíduo acusado tinha primordialmente a sua culpabilidade presumida, a exemplo do período do Estado Novo, em que cabia ao imputado o ônus da prova, ou seja, o indiciado é quem tinha que provar a sua

inocência. Perante esta regra processual, foram abertas brechas para a arbitrariedade do Estado perante o indivíduo, o qual poderia acusar sem que lhe coubesse à responsabilidade probatória. Observava-se portando, uma necessidade de mudança para a limitação do poder estatal, pois o indivíduo como parte no processo, tornara-se vulnerável à força instrumental do Poder Judiciário.

Diante da consagração do princípio da presunção de inocência pela Constituição Federal de 1988, o ônus da prova é incumbido a quem alegou o fato imputado, sendo o *status* jurídico do indiciado considerado como, presumidamente, inocente. Verifica-se esta matéria, a luz do princípio constitucional de estado jurídico de inocência, na primeira parte do *caput* do artigo 156 do Código de Processo Penal, que cita “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. O cidadão brasileiro, após a positivação do princípio fundamental, tem garantido a sua inocência durante o processo, devendo ser provada a sua culpabilidade, como regra.

Destarte, cabe ao Ministério Público, enquanto acusação, a apresentação das devidas provas no processo penal, pois na denúncia – em ação pública condicionada e incondicionada, como peça inicial do processo criminal – deve haver a exposição do fato criminoso com suas circunstâncias para a apuração da ilicitude e da culpabilidade do indiciado, a fim de seja provada a materialidade e autoria da conduta delituosa ao levar a conhecimento do juiz o fato ilegal para ser julgado e, sucessivamente atingindo o magistrado com o estado de certeza, ser punido o indiciado. Para tal, o próprio Ministério Público pode requerer o arquivamento de Inquérito Policial se entender não haver indícios suficientes para a matéria probatória. O mesmo requisito de apresentação de circunstâncias que comprovem o fato é necessário em ação privada por iniciativa particular do ofendido, através da queixa crime, como disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal.

O princípio da não culpabilidade limita o *jus puniendi* do Poder Judiciário, ao que exige a apresentação de provas da existência do fato imputado. Tanto é considerável que a insuficiência de provas no processo penal é motivo para a absolvição do réu, segundo o artigo 386 do Código de Processo Penal. A não existência de provas, e a insuficiência dessas, levam a dúvidas razoáveis quanto à materialidade e a autoria do delito, sendo até mesmo considerados por Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 41), como fato “não-provado”.

A dúvida recorrente da falta ou insuficiência de provas do processo penal vem de encontro com a máxima do *in dubio pro reo*, que indica que se há dúvida no processo, devem os juízes e tribunais decidir em favor do réu, pois não se deve chamar-se culpado aquele presumidamente inocente, sendo natural e legítimo *status* jurídico do indiciado, salvo se sua culpa for absolutamente provada. De imediato, não cabe reflexões a respeito do momento

exato que a culpa do réu é absolutamente provada no processo criminal, pois a taxatividade e clareza do prestigiado princípio de presunção de inocência expõe que a culpabilidade será considerada apenas após decisão transitada em julgado, ou seja, com impossibilidade recursal.

O direito recursal até a última instância do Poder Judiciário, não deve ser ignorado, como proposto a partir do entendimento jurisprudencial do HC 129.292, pois é a partir do julgamento das instâncias superiores, se requerido, que será provada a culpabilidade. A necessidade de reavaliação se destaca ao considerar que, de acordo com dados apresentados pela Secretaria de Tecnologia de Informações do Supremo Tribunal Federal, um terço das decisões criminais das instâncias inferiores foram reformadas pelo STF desde 2006. Também apontou a Defensoria Pública do Estado de São Paulo que 65% (sessenta e cinco por cento) dos recursos especiais interpostos foram ao menos parcialmente providos pelo STJ até março de 2015. Ou seja, as instâncias inferiores estão julgando de forma errônea.

Antecipar a execução penal encarcerando indiciados que ainda não tem devidamente a sua culpa comprovada, acarreta a propositura de uma margem de erro muito grande ao próprio sistema jurídico, cominando em vários pedidos por dano moral e físico ao Estado, pois existe uma grande possibilidade de condenados encarcerados após decisão em segunda instância, virem a ser absolvidos em instância superior.

Logo, “não pode, baseado na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal” (RANGEL, 2009, p. 79), com sério descumprimento às premissas do Estado Democrático de Direito, desestabilizando a ordem jurídica.

O princípio da presunção de inocência, não limita sua aplicabilidade principiológica apenas à matéria probatória no processo penal. Diz respeito também às regras de tratamento do réu durante o processo, o qual a própria letra da lei traz “Ninguém será *considerado* culpado” (CF, Art. 5º. LVII).

O verbo “considerar” tem seu significado nas atividades processuais como regra de não tratar o indiciado, como se culpado fosse. Logo, não devem as autoridades e os agentes administrativos agir sob classificação de culpado em suas práticas processual, aquele tido como réu. Exclui-se portando, em conformidade com o aludido princípio constitucional, a identificação criminal antes da culpa ser devidamente provada após decisão transitada em julgado, devendo ser garantido ao réu, um tratamento respeitoso.

Em resumo, Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 46) ressalta que:

Pode-se afirmar que a consagração do preceito pela Constituição encerra, no plano do tratamento que deve ser dado ao acusado, a garantia de que nenhuma disposição legal, ato judicial ou ato administrativo poderá fundar-se na equiparação da sua

situação à do culpado.

É nesse sentido que mencionado doutrinador questiona e critica a constitucionalidade das prisões cautelares, por ainda não serem precedidas de decisão transitada em julgado com a comprovação da culpa no processo. Esta vertente não é de interesse deste estudo, pois o julgamento do Habeas Corpus 126.296 de 2016 diz respeito a antecipação da própria execução penal, da prisão definitiva, antes de decisão transitada em julgado, não sob medidas cautelares de cognição provisória. Porém é inerente a consideração de que o encarceramento do indivíduo que ainda não teve sua culpa devidamente provada, à luz do princípio da presunção de inocência, não pode ser considerado constitucional por ser entendimento antagônico ao texto da Lei Maior.

Já sustentava Ada Pellegrini Grinover, em sua tese apresentada em 1991 no Simpósio de Direito Penal e Processual Penal no Rio de Janeiro pelo Instituto de Ensino Jurídico, que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível por não apresentar pressuposto de prisão cautelar devidamente legitimada é considerada prisão com ausência de motivação, incompatível com o princípio da presunção de inocência e com o devido processo legal.

Ao se tratar do poder de tutela do Estado de restringir o direito da liberdade do indivíduo, sendo este direito uma das maiores conquistas alcançada pela história da humanidade, é preciso atingir o estágio de equilíbrio entre o poder punitivo estatal e o direito à liberdade do indiciado. O princípio do devido processo legal tem um viés de proteção ao indivíduo frente à força instrumental do Estado, de uma intervenção mínima, por tanto, este princípio junto ao da não culpabilidade, caminham entrelaçados por um único objeto jurídico: a liberdade individual.

A ideia de “igualdade de armas” (GOMES FILHO, 1991, p. 47) que o princípio do devido processo legal enseja por meio do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, aduz uma reflexão sobre a desconformidade desta premissa constitucional a uma das observadas consequências do novo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal através de decisão do HC 126.292 de 2016, que é a dificuldade de impetração de recursos de natureza especial e extraordinário. Haverá direito de recurso às instâncias superiores, porém, com autorização para a execução penal após decisão em segunda instância, a diminuição destes recursos será um número considerável.

Em suma, o que deve ser destacado é que o entendimento não unânime dos Ministros que votaram a favor da revogação da liminar no Habeas Corpus 126 292, não se baseou em uma interpretação literal do texto constitucional sobre a presunção de inocência, que conforme foi apresentado engloba várias outras garantias na busca por um processo penal

justo. Pelo contrário, o entendimento foi de caráter restritivo à aplicabilidade do princípio.

Ferdinand Lassalle (2002, p. 68) denota que de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder. Assim como descreve o ilustre filósofo Hans Kelsen em sua obra *Teoria Pura do Direito* (1979) que a legitimidade e a validade de uma norma constitucional se dá pelo princípio da efetividade, quando aplicada e observada ao caso concreto. Diante do devido entendimento do Supremo, qual das funções garantistas do princípio da presunção de inocência serão aplicados? De fato, nenhuma.

A grande maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal neste julgamento, além do esquecimento à supremacia do texto constitucional e da sua atribuição de guardião da Carta Magna, também se esqueceram de que no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, e não que podem ser ora usados, ora não usados; ora interpretados literalmente, ora ignorados. Os direitos fundamentais devem sempre prevalecer.

Portanto, antes da coisa julgada no processo penal, não deve nenhum outro argumento ou pressuposto, que não estejam enquadrados nos requisitos de prisão cautelar, superar os direitos fundamentais estabelecidos em favor do indiciado, mesmo que seja para a efetivação do *jus puniendi* do Estado para garantir a ordem e a segurança pública, tampouco em favor do *in dubio pro societate*. Milhares de injustiças, sangue derramado, foram ocasionados por governos arbitrários que utilizavam do desfazimento aos direitos individuais em favor do poder de punir do Estado.

É nesse sentido que o Ministro Celso de Melo em seu voto, remota o fato do princípio da presunção de inocência representar uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder. Não deve, portanto, o princípio do estado de inocência ser minimizado ao desuso, sob pena da violação ao princípio de proibição ao retrocesso.

A liberdade como direito individual é herança do direito natural. As normas que buscam restringi-la devem ser excepcionais, aplicadas e observadas com restrição. Não restringir o próprio princípio constitucional de liberdade.

Desse modo, é válido considerar que a decisão Supremo Tribunal Federal sobre o julgamento do Habeas Corpus 129.292 no 17 de fevereiro de 2016 é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, pela não interpretação literal da premissa e pela restrição às suas funções garantistas, bem como a ignorância a direitos constitucionalmente conquistados.

3. AUMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA COMO CONSEQUÊNCIA DO H.C 126 292-SP

A maioria dos votos que definiram a decisão do julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o Habeas Corpus nº 126.292 de 2016, o qual autorizou a antecipação da execução penal após decisão condenatória em segunda instância de jurisdição, basearam-se em uma lógica processual penal que sobrepõem o dever de punir do Estado às garantias constitucionais que cerceiam o sistema penal brasileiro, sob a égide da importância da segurança nacional acima do princípio fundamental da presunção de inocência do réu.

Dentre tantas outras fundamentações, é redundante analisar a utilização do direito comparado para justificar a restrição do princípio constitucional, presente nos votos dos ministros que enfatizaram a não concessão da liminar ao réu Marcio Rodrigues Dantas, como o voto da Senhora Ministra Ellen Gracie e o voto do Senhor Ministro Teori Zavascki.

A análise comparada a sistemas jurídicos de outros países, permite a reflexão de várias outras vertentes e perspectivas sob determinadas matérias, a fim de alcançar métodos de avanços para serem utilizados no próprio sistema jurídico. Porém nos últimos anos, o emprego do direito comparado tem coordenado interpretações disformes à natureza do sistema jurídico brasileiro com a que se busca comparar.

Ministros do Pretório Excelso vislumbram interpretações e aplicabilidades do princípio da presunção de inocência em sistemas penais estrangeiros divergentes ao sistema adotado no Brasil, como se absurdamente as diferentes vertentes se adequassem facilmente a uma realidade jurídica que não a pressupõem.

A título exemplificativo, o senhor Ministro Teori Zavascki cita em seu voto, juntamente à referência de outros países, que segundo interpretação do princípio da não culpabilidade dos Estados Unidos, as execuções penais são procedidas imediatamente após decisão condenatória. Porém, não se atentou o senhor Ministro que: a) a própria letra da lei que positiva o princípio da presunção de inocência nos Estados Unidos – artigo 16 do *Criminal Procedure Code*: se deve presumir-se inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo – não é convergente à posituação do princípio constitucional no ordenamento brasileiro, sob uma interpretação literal do texto constitucional; e b) a maioria dos crimes são julgados pelo Tribunal do Júri estadunidense, não cabendo qualquer recurso de mérito, nem para a defesa, quanto para a acusação, sendo praticamente definitiva a decisão de primeiro grau pelos jurados.

Portanto, não poderia o sistema jurídico penal norte-americano ser utilizado como referência pela sua dissemelhança, tanto na literalidade da norma – o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição brasileira exige o trânsito em julgado para a execução penal, como regra; - quanto sobre as formas de funcionamento do Poder Judiciário, sendo garantido no Brasil o direito recursal até transitar em julgado. Destacando que no Brasil, o princípio de presunção de inocência tem natureza constitucional e de imediata aplicabilidade.

O direito comparado deveria ter sido aplicado com devida ponderação no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, sob pena de infringir a soberania da norma constitucional, e, salientando primordialmente, a realidade dos países comparados.

Vale analisar que a população carcerária brasileira apresenta altos índices de superlotação. Estimasse 622.202 pessoas presas nas penitenciárias brasileiras dotadas de péssima estruturação, conforme Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2014, sendo a 4ª maior população carcerária mundialmente reconhecida, atrás apenas dos Estados Unidos (12.217.000), China (1.657.812) e Rússia (644.237).

Aliás, conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional de 2010, o Brasil em pouco tempo pode se tornar o país com o maior número de cárceres do mundo, pois diferentemente dos Estados Unidos, por exemplo, as taxas de encarceramento não param de crescer a décadas.

Todas as unidades penitenciárias da Federação comportam mais detentos do que sua capacidade máxima. A superlotação dos presídios brasileiros além de configurar extrema violência à dignidade da pessoa humana cotidiano das penitenciárias, intensificou a crise no sistema penitenciário no início de 2017 que resultou em 133 (cento e trinta e três) mortes em aproximadamente 15 (quinze) dias, ocasionado pela rebelião das facções criminosas que dominam os presídios por todo o território nacional, como o Comando Vermelho, Primeiro Comando da Capital e Família do Norte. O número de mortos nas chacinas que envolveram unidades prisionais de Manaus, Amazonas, Paráíba, Roraima, Maceió, São Paulo, Rio Grande do Norte, Santa Catarina e do Paraná, superaram o número de mortes no massacre do Carandiru em 1992 no estado de São Paulo (111 mortos), segundo reportagem do G1 publicado no dia 16 de janeiro de 2017.

A precariedade da situação do sistema prisional brasileiro é alvo de crítica em relatórios da Organização das Nações Unidas referente a inspeções de peritos feitas desde 2011, até a inspeção feita em presídios brasileiros em outubro de 2015 elaborados pelo Subcomitê das Nações Unidas para Prevenção à Tortura (ONU-SPT), recentemente divulgado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos. A respeito disto, em uma reportagem com a

Agência Brasil, publicada em 12 de janeiro de 2017, Margarida Pressburger, integrante do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, expõe que:

[...] A situação penitenciária do Brasil é muito preocupante. Primeiro, porque a população carcerária é muito grande, maior do que o número de habitantes de muitas cidades, e segundo, pela situação precária em que os detentos são mantidos.

Motivado pela lamentável e degradante realidade do sistema carcerário brasileiro, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) requereu ao Supremo Tribunal Federal a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional ao sistema prisional, baseando-se na promulgação feita pela Corte Constitucional Colombiana na década de 1990 sob esta mesma problemática. Buscou-se a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade, maior incentivo à implementação de políticas públicas, novos balanços orçamentários e melhor atenção às premissas que cerceiam o sistema processual penal, sendo uma possível solução para minimizar a problemática da superlotação e violação dos direitos humanos nas penitenciárias brasileiras.

O referido instituto foi reconhecido através de Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 na sessão plenária de 09 de setembro de 2015, sob a relatoria do senhor Ministro Marco Aurélio, fundamentada através do artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Cidadão de 1988 que expressa “[...] é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, ponderando a não omissão do Estado, como Democrático e de Direito, sob a garantia a este direito.

Contudo, é considerável observar que a partir da decisão do Habeas Corpus 126.292 do Supremo aqui em análise, a antecipação da execução penal após decisão condenatória em segunda instância levará a um aumento considerável do número de encarcerados no sistema prisional brasileiro já superlotado. Essa consequência é apresentada nas considerações finais do voto do presidente do STF, o Ministro Ricardo Lewandowski que diz:

[...] Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos acrescentar dezenas ou centenas de milhares de novos presos.

Logo, é antagônico que o próprio Pretório Excelso no segundo semestre de 2015 prolate o Estado de Coisas Inconstitucional ao sistema prisional brasileiro, e ao primeiro semestre de 2016 altere seu entendimento para autorizar a antecipação da execução penal que consequentemente levará a piorar as condições das penitenciárias, já consideradas superlotadas, desumanas e inconstitucionais, por causa do elevado número de encarcerados. Novos encarcerados sem terem sua culpabilidade devidamente provada.

Como já exposto, o Supremo Tribunal Federal demonstrou ignorar sua sublime

função de guardião da Constituição Federal ao violar o princípio da presunção de inocência em sua essência, e também mostrou irrelevância à humilhante situação do sistema prisional brasileiro, além de agravar a sua atual condição. Diante da incompatibilidade de entendimentos jurisprudenciais do Supremo, subsiste uma instabilidade jurídica sob a mais alta instância do Poder Judiciário. Também o possível questionamento das reais intenções do STF através da decisão do Habeas Corpus 126.292 de 2016.

CONCLUSÃO

O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade é resguardado pela Constituição Federal como garantia a qualquer pessoa submetida a processo criminal, como regra. Considerado como premissa basilar ao ordenamento jurídico, é notória que sua função se estenda a edição legislação infraconstitucional e a todos os atos normativos, bem como em sua interpretação ao ser aplicado aos casos concretos pelo Poder Judiciário.

Em razão do seu relevante bem jurídico protegido, a liberdade de locomoção, e o resguardo do direito do devido processo legal, a violação ao princípio do status de inocência do réu resulta em graves consequências aos direitos humanos do indivíduo indiciado.

Preocupa-se o fato de decisão originada do próprio Supremo Tribunal Federal, consagrado com a função constitucional de zelar pela Carta Cidadã, restringir a aplicabilidade do princípio em destaque, como se dera no julgamento do Habeas Corpus 126.292 de 2016. A ascensão a motivos de segurança pública e efetividade do *jus puniendi* do Estado acima de premissas constitucionais consideradas conquistas humanas ao ordenamento brasileiro, remota às mesmas justificativas utilizadas por governos ditatoriais para infringir a liberdade individual. Trata-se portando de ofensa ao princípio da proibição ao retrocesso.

Antecipar a execução penal tem caráter de excepcionalidade, pois se justifica pela *periculum libertatis* do réu, motivando as prisões de natureza cautelar. A execução penal, como regra, se dá através do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, como explicitamente positiva o inciso LVII, do artigo 5º da Constituição Federal, pois é após a extinção de possibilidade de recurso que se pode provar a culpabilidade do indiciado. Logo, o novo entendimento do Supremo, trata como regra, aquilo que deveria continuar a ser exceção: a antecipação execução penal após decisão condenatória de segundo grau de jurisdição. Característica singular de um Estado de exceção.

O retrocesso demarcado pela votação não unânime do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, não diz respeito apenas à célebre conquista normativa do princípio constitucional de presunção de inocência, mas também antagoniza com a iniciativa do reconhecido de

Estado de Coisa Inconstitucional ao sistema prisional brasileiro. O novo entendimento jurisprudencial que autoriza a antecipação da execução penal agrava ainda mais as condições degradantes do sistema prisional brasileiro, pois possivelmente aumentará o número de cárceres.

Em vista do que foi exposto sobre a decisão do Habeas Corpus supracitado e suas possíveis consequências, denota-se que a violação ao princípio de presunção de inocência por restringir sua aplicabilidade e minimiza-lo ao desuso, implica na afronta às garantias individuais e à norma constitucional. Reflete-se no que Renato Russo em sua letra musical “Que país é esse” já afirmava: “Ninguém respeita a Constituição”. Nem mesmo aquele que tem o dever não apenas de respeitar a Carta Magna, mas de protegê-la e garantir a aplicabilidade de suas normas supremas, que é o Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CAVALCANTE, André Nogueira. **Ficha limpa e presunção de inocência: da legalidade por condenação criminal não definitiva**. 1. Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

BARROS, Antonio Milton de. **Da prova no processo penal: apontamentos gerais**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001).

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. Consultor Jurídico, ano 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em 01 mar 2016

BOM DIA BRASIL. São Paulo, 1983. Diário. Mortes em presídios do país em 2017 já superam o massacre do Carandiru. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>>. Acesso em: 25 jan 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. Ed. Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28.05.2017.

_____. **Código de Processo Penal**. Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 28.05.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292 São Paulo**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 fev 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 28.05.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 set 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 28.05.2017.

EBC AGÊNCIA BRASIL. Brasília, 2003. Diário. Governo divulga relatório da ONU de 2015 sobre presídios brasileiros. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-01/governo-divulga-relatorio-da-onu-sobre-presidios-brasileiros>>. Acesso em: 03 mar 2017.

EL PAÍS BRASÍL. São Paulo, 1976. Diário. A bomba-relógio da população carcerária no Brasil Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/05/politica/1483624203_712909.html>. Acesso em: 20 jan 2017.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípio constitucional penais e processuais penais**. São Paulo: Ed. RT, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. v. 1, 16. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E O DIREITO DAS MINORIAS NA SOCIEDADE

Gisella POSSAMAI
Luiz Rodolpho Santana ARAUJO¹

RESUMO

O presente estudo faz uma análise do instituto da objeção de consciência e suas principais formas e aplicações, sejam na recusa à transfusão de sangue pelas testemunhas de Jeová, nas objeções à realização de atividades entre os crepúsculos das sextas-feiras e sábados pelos adventistas e na escusa da prestação do Serviço Militar Obrigatório. Reflete como o Direito Brasileiro trata a consciência humana, pincelando sobre os principais tipos de objeção de consciência, quais sejam, liberdade religiosa, filosófica e política, constituindo um dos desfechos da própria liberdade de consciência, implicando no direito que cada um possui de agir de acordo com a sua própria convicção, livre da coação do Estado ou da sociedade. Faz também uma breve explanação dos discursos que defendem o Serviço Militar Obrigatório e os tratamentos médicos, das posições contrárias que defendem o direito subjetivo dos objetores. Ante o exposto, busca-se justificar a existência de obrigações que esbarram no mais íntimo traço do ser humano, ou seja, sua liberdade de convicção, e resolvê-la através do direito fundamental da objeção de consciência.

PALAVRAS-CHAVE: Escusa de consciência. Imperativo de consciência. Liberdade de consciência. Objeção de consciência. Opositor consciente.

ABSTRACT

The present study makes an analysis of the institute of conscientious objection and its major forms and applications, whether in the refusal of blood transfusion by Jehovah's Witnesses, in objections to the activity of Adventists' Fridays and Saturdays twilight Compulsory military service. Reflects how Brazilian law treats human conscience, brushing on the main types of conscientious objection, namely, religious, philosophical and political freedom, constituting one of the outcomes of freedom of conscience itself, implying in the right that each one has to act of According to his own conviction, free from the coercion of the State or of society. It also gives a brief explanation of the speeches that defend the Mandatory Military Service and the medical treatments, of the opposite positions that defend the subjective right of the objectors. In view of the above, it seeks to justify the existence of obligations that run into the most intimate trait of the human being, that is, his freedom of conviction, and to solve it through the fundamental right of conscientious objection.

KEY-WORDS: Excuse of conscience. Imperative of conscience. Freedom of conscience. Objection of conscience. Conscientious objector.

1 Graduado em Fisioterapia pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2007-2010). Ex-integrante do Grupo de Estudo, Projeto e Pesquisa de Ergonomia, Biomecânica e Cinesioterapia orientado pelo Prof. Ms. Julio Agante Fernandes. Ex-integrante do Grupo de Pesquisas em Biomecânica e Intervenção Musculoesquelética orientado pelo Prof. Ms. Fabrício José Jassi e Prof. Ms. Paulo Fernandes Pires. Conhecimentos em Informática de nível avançado. Graduando em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2013-2017). Integrante, desde 16/08/2017, do Grupo de Pesquisa "Violência: entre feminismo e infância" orientado pelo Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba e Prof. Angélica Alves. Servidor Público Federal. Tem interesse nas áreas de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Políticas Públicas.

INTRODUÇÃO

Diante da grande diversidade cultural, religiosa, filosófica, política, dentre outras, uma reflexão sobre a liberdade de consciência se torna indispensável e deve ter por base o fundamento de que qualquer indivíduo é revestido de direitos fundamentais e direitos da personalidade.

A objeção de consciência como direito interligado a personalidade e a autonomia de decidir do indivíduo, protegido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e por diversas convenções internacionais de direitos humanos não possui delimitação para seu efetivo exercício, não havendo de forma expressa no ordenamento todas as suas espécies.

No Brasil, de modo geral, a objeção se restringe à transfusão de sangue pelas testemunhas de Jeová, as atividades realizadas entre os crepúsculos das sextas-feiras e sábados pelos adventistas e à escusa na prestação do serviço militar obrigatório, afetando, portanto, algumas minorias da população.

Deve-se questionar se o Estado-juiz pode ignorar o espírito de liberdade de escolha e decidir como melhor lhe convir às situações ligadas à autonomia da vontade e à liberdade de consciência. Portanto, como exemplo, seria constitucional obrigar o indivíduo a se submeter a tratamento médico ou a prestar serviço militar obrigatório? E, ainda, por que questões atinentes à liberdade de escolha dos indivíduos não são difundidas?

Tais indagações sobre o direito de liberdade e autodeterminação dos indivíduos, tratado por muitos como direitos de interesse das minorias, será analisado em suas principais formas, pincelando os tópicos mais polêmicos com o intuito de fomentar uma futura análise jurídica e debate na sociedade.

DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Faz-se importante mencionar as correspondências normativas do instituto da objeção de consciência no ordenamento jurídico brasileiro. Por tratar-se de direito fundamental, encontra previsão no artigo 5º da Constituição Federal, em seus incisos VI e VIII. Senão vejamos:

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

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

(...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

O princípio da liberdade religiosa está materializado no inciso VI, bem como na primeira parte do inciso VIII, o qual sucintamente, estabelece que é defeso privar alguém de seus direitos por razões religiosas, filosóficas ou políticas. No entanto, não se pode utilizar a religião como uma razão de descumprimento da lei, ou extinção de punibilidade.

Referido inciso tem ligação direta com outro princípio de suma importância no que tange aos direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual protege a liberdade do indivíduo de se autodeterminar, coibindo a intervenção do Estado para imposição de valores ideológicos, religiosos ou morais, tendo em vista, salvo se prejudicar outrem, todos são iguais e livres em sua consciência.

Em outras palavras, a objeção de consciência quando alegada, impõe um não fazer ao indivíduo, sendo este, beneficiário de um direito que não pode ser violado por quem quer que seja, nem mesmo pelo Estado. Ou seja, é a possibilidade dada ao indivíduo, através do exercício deste direito fundamental, de viver de acordo com suas convicções religiosas, política ou filosóficas.

O exercício deste direito fundamental constitui uma negação parcial das leis, visto que deve-se cumprir prestação alternativa. Assim, constitui resistência de baixa veemência política e elevado efeito moral.

Portanto, a escusa de consciência nada mais é que a soma de motivos alegados por algum indivíduo para dispensar-se de obrigação jurídica imposta pelo Estado indistintamente, se este, por alguma razão, sentir que sua liberdade política, filosófica ou religiosa fora ferida.

Para Rogério Carlos Born:

Na concepção do pós-positivismo, ocorre a primazia da aplicação das normas humanas com uma grande abertura para aplicação das escrituras sagradas e ordenamentos jurídicos.

O direito temporal ameniza o rigor dos códigos humanos proporcionando uma abertura àqueles que se sentem constrangidos a cumprir ordenamentos que violem seus mandamentos religiosos, filosóficos, políticos, éticos, dentre outros. (2014, p. 37)

Entende-se, portanto, que a objeção de consciência é uma forma de optar pela superioridade dos mandamentos sagrados ou filosóficos em face dos jurídicos nos Estados laicos.

Importante se faz a distinção entre a liberdade de crença, cujas espécies são a liberdade religiosa (subdivida em liberdade de culto coletivo e culto individual), o

agnosticismo e o ateísmo; a liberdade de convicção filosófica, a qual engloba os ensinamentos da doutrina espírita, da *Maçonaria*, da Ordem *Rosacruz*, do *Seicho-no-Ie*, dentre outras; bem como a liberdade política, que estabelece o direito de exercer os direitos políticos para eleger candidatos, se candidatar e apoiar ideologias que entender apropriado, com exceção do nazifacismo (Lei de crimes, preconceito, raça e cor, nº 7.716/89).

Acerca da liberdade religiosa, destaca-se o inciso VI, do artigo 5º, da Constituição Federal, que aduz que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as liturgias”.

Significa dizer que ao cidadão é permitido acreditar ou não em entidade religiosa, bem como ao professarem crença religiosa suscitarem dispensa de trabalho ou prática de atos cívicos em determinados dias e horários.

Por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, a lei municipal 1.410/89 garante que aqueles que professem a fé judaica tenham direito ao ponto facultativo em determinadas datas tidas como especiais para esta religião, como por exemplo, o ano novo (Rosh Hashanah) e dia do perdão (Yom Kippur).

Tem-se que, um dos pioneiros da objeção de consciência foi Martinho Lutero (Martin Luther) em 1517, quando o mesmo pregou na porta da Igreja do Castelo de Witternberg suas teses condenando a avareza e o paganismo pela Igreja Católica. (BORN, 2014, p.75)

Ressalta-se que o Brasil é tido como um país leigo, laico ou não confessional, não existindo, portanto, qualquer religião que oficial da República Federativa do Brasil. Entretanto, a Constituição Federal de 1988, fora promulgada “sob proteção de Deus”, conforme observado em seu preâmbulo.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, para definir a questão, declarou que a invocação “proteção de Deus” não é norma de reprodução obrigatória, bem assim assinalou a irrelevância jurídica do preâmbulo. Em outras palavras, a menção a Deus não tem força normativa, não cria direitos ou obrigações, respeito ao princípio da tolerância e o respeito à diversidade.

No Brasil, há diversas menções a Deus através de símbolos e frases, como por exemplo, nas cédulas de real, o Cristo Redentor no Rio de Janeiro e os feriados nacionais, os quais podem se colidir com o direito dos ateus e agnósticos, ou até mesmo de pessoas seguidoras de outras religiões.

Uma saída que o Congresso Nacional encontrou para justificar os feriados religiosos nacionais, tais como o natal, dia de finados e dia da Nossa Senhora Aparecida, padroeira do

Brasil, foi afirmar o caráter histórico-cultural brasileiro do calendário, em razão da laicidade do país.

Outra questão controversa, é a existência de crucifixos em repartições públicas, como é o caso do prédio do Supremo Tribunal Federal. A saída para esta prática foi similar a dos feriados religiosos, reconhecendo, portanto, a característica do crucifixo de símbolo cultural.

A obrigatoriedade ou não de o Estado ter que designar data alternativa para realização de concursos públicos, quando a data da prova tiver sido fixada em dias que devam ser guardados para determinadas religiões também é uma questão que gera polêmica. A alternativa tem sido a apresentação de todos os candidatos no mesmo dia e hora e, sendo necessário, aguardar em sala isolada para realização da prova.

A liberdade religiosa, para Rogério Carlos Born:

Em síntese, a liberdade religiosa envolve a liberdade de crença e religião, sendo que aquela envolve o direito de crer ou não numa entidade superior (crentes, agnósticos e ateus) e esta a de pertencer ou não a determinada organização religiosa (crentes e agnósticos). A objeção religiosa é uma forma de exigir, de priorizar os conhecimentos e atitudes adquiridos pela consciência para se eximir de cumprir mandamento legal ou ensinamentos contraditórios de outra ordem. (2014, p.87)

É claro que, a liberdade religiosa, de crença, de culto e suas manifestações não é absoluta, deve-se levar em conta que um direito fundamental encontra seu limite até onde outro começa e, diante de eventual colisão, um deverá se sobrepor ao outro se não for possível harmonizá-los, através de uma ponderação de interesses.

Portanto, levando em conta o bom-senso, prudência e razoabilidade, a Constituição assegura o direito a todos de aderir a qualquer crença religiosa, ou recusá-la e, no mesmo contexto, de ser ateu ou agnóstico, garantindo a liberdade de descrença e de escolha.

Outra maneira de suscitar a objeção de consciência é através da liberdade filosófica, a qual, segundo Rogério Carlos Born, é uma garantia constitucional de que qualquer cidadão é livre para exercitar o seu pensamento dentro do próprio conceito de ética e moral ou decorrente da ordem filosófica a que pertence (2014, p.87).

A necessidade de criar a objeção de consciência através da liberdade filosófica adveio das perseguições que os integrantes da *Maçonaria* sofreram durante a idade média. *Maçonaria* é uma instituição essencialmente filosófica, filantrópica, educativa e progressista de caráter religioso, pois reconhece a existência de um único princípio criador, mas não é uma religião, pois tem por objetivo a União recíproca dos homens e todos os credos.

Assim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a natureza jurídica de ordem filosófica da *Maçonaria* e afastou o benefício da imunidade tributária de templos de qualquer culto.

Rosacruz é outra ordem filosófica reconhecida para inspirar a objeção de consciência, a qual se define como uma associação internacional, de caráter cultural, fraternal, dedicada a estudos e aplicações práticas das leis naturais que regem o universo e a vida.

Dentre as ordens filosóficas está o *Seicho-no-Ie*, oriunda do Japão e que se apresenta como uma filosofia de vida e religião, a qual não obriga que os praticantes deixem outros credos. Tem por objeto despertar nas pessoas a verdade de que todos são filhos de Deus e, através de atos e pensamentos, melhorar o mundo.

Por fim, a liberdade política é mais uma forma de escusa de consciência garantida pela Constituição Federal. Logo, qualquer cidadão é livre para aderir qualquer ideologia política sem interferência do Estado e se opor a determinações políticas que firam a sua ética e moral. Teve origem na Constituição Federal de 1988, a fim de evitar perseguições políticas de comunistas e socialistas como ocorreu em regimes militares.

Entretanto, há uma exceção a regra. O Brasil proíbe a ideologia nazifacista, a qual defende, dentre outras características, o totalitarismo, o militarismo, o ultranacionalismo, unipartidarismo, o controle de propaganda, o culto ao líder, o anticomunismo, o racismo e o antissemitismo, que atingem de forma incisiva os direitos fundamentais da Constituição Brasileira.

Por essa razão, a Lei que define os crimes de preconceito raça ou cor (Lei nº7.716/89) tipifica em seu artigo 20, 1º:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

Ademais, para chancelar esse direito fundamental do cidadão, o instituto da objeção de consciência está presente na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que prescreve:

Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

Conclui-se que a objeção de consciência é uma garantia constitucional que visa

proteger o exercício da liberdade de pensamento, assegurando a liberdade de crença religiosa, convicção filosófica e política.

Por assim dizer, a Constituição de 1988, em homenagem ao princípio da liberdade de pensamento, facultou ao cidadão o descumprimento uma obrigação a todos imposta em troca da prerrogativa de cumprir outra prestação específica.

Importa diferenciar a objeção de consciência, a desobediência civil, bem assim o direito a resistência passiva. Para Rogério Carlos Born:

A objeção de consciência é um ato privado, que, em regra, não interessa ou influencia ao público, o seu interesse é refratar a violação das crenças, evitando a transgressão de códigos morais e individuais e não há uma quebra ao mandamento legal, bem como reconhecimento e aceitação das sanções impostas aos objetores. (2014, p. 133)

Desobediência civil trata-se de uma manifestação coletiva, para modificar, revogar ou ab-rogar uma norma legal, a qual é vista como ilegítima ou imoral, ao passo que na objeção de consciência o indivíduo se volta contra uma norma legal, legítima e moral, a qual fere seus princípios pessoais de cunho religioso, filosófico ou político.

O direito de resistência está previsto nas constituições portuguesa e alemã, que estabelece a possibilidade do cidadão resistir à obrigação de executar uma ordem manifestamente ilegal, por meio de repulsa, insurreição ou revolução (BORN, 2014, p. 138).

Portanto, a desobediência civil e o direito de resistência diferem-se da objeção de consciência, pois, esta é voltada a uma norma legítima e moral, entretanto, mostra-se incoerente com o âmago do indivíduo.

Salienta-se, por fim, que a Constituição sobrepôs a liberdade do cidadão ao próprio texto normativo, mas caso este descumpra a prestação alternativa, a qual será irrenunciável, sujeita-se à suspensão de seus direitos políticos.

Os direitos políticos referem-se à participação popular no processo político, em outras palavras, é a atuação do cidadão na vida pública, e nascem a partir dos dezesseis anos de idade aos brasileiros natos ou a partir da naturalização, perdurando até a morte ou a perda por motivos como o cancelamento da naturalização, a opção de nacionalidade ou o descumprimento de prestação alternativa em substituição a obrigação a todos imposta em decorrência do imperativo de consciência.

Destarte, a suspensão dos direitos políticos daquele que descumprir medida alternativa, não configura sanção, mas enquadra-se como poder de polícia, que cessa quando o objetor cumpre a referida medida alternativa, isto é, visa apenas impor o cumprimento desta.

Cumpra-se destacar a distinção entre objetor e eximido. O primeiro é aquele que

invoca a objeção para se isentar do cumprimento de um dever a todos imposto, quando este sente que seus princípios foram feridos, submetendo-se ao cumprimento de uma prestação alternativa determinada pelo Estado. O segundo diz respeito àqueles que igualmente aos objetores, se recusam ao cumprimento da obrigação, porém não aceitam a prestação alternativa imposta, ou seja, eximido é aquele que descumpriu prestação principal e a alternativa e tem como consequência a suspensão de seus direitos políticos.

DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO

Poucas são as questões que envolvem o direito de objetar uma lei, sendo as mais abrangentes, as que envolvem questões militares. No Brasil, o Serviço Militar Obrigatório tem duração de doze meses e, a alegação de objeção de consciência é permitida em tempos de paz e se encontra positivada na Carta Magna no artigo 143, § 1º, o qual dispõe:

Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

Segundo Rodrigues (2010, p. 73), a obrigatoriedade na defesa da pátria tem sido tratada pela via constitucional desde 1824, na Constituição Política do Império do Brasil, a qual foi aprimorada na Constituição da República de 1891, adotando o princípio da nação em armas, o qual obriga a pessoa do sexo masculino, maior de dezoito anos de idade, a submeter-se ao serviço militar obrigatório, buscando proteger a soberania nacional pela criação de uma reserva de contingência, sendo um papel fundamental dos exércitos brasileiros a proteção das fronteiras e da soberania nacional de possíveis invasões inimigas.

Com a leitura do dispositivo, pode-se verificar que o legislador constituinte criou exceções ao cumprimento da obrigação derivadas do imperativo de consciência, fruto de convicções religiosas, filosóficas ou políticas, atribuindo ao indivíduo outros serviços compatíveis com tais crenças, desempenhando outras atividades dentro de uma das Forças.

No âmbito da objeção de consciência no serviço militar, esta pode ser caracterizada como omissiva, personalíssima, pacífica e parcial. Ou seja, o imperativo de consciência militar é omissivo, quando o cidadão escusa-se de cumprir obrigação a todos imposta; personalíssima, visto que esta é inerente ao indivíduo, sendo ele o único apto a praticar referido ato; pacífico, pois é um ato realizado mediante simples alegação; e, por fim, parcial porque ao ser alegada, fica o indivíduo sujeito a uma prestação alternativa.

A Portaria n.º 2.681/Cosemi, de 28/7/1992, considerada o Regulamento da Lei da

Prestação do Serviço Alternativo, estabeleceu algumas condições do Serviço Alternativo, quais sejam:

Art. 3.º O Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório, consiste no exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico, ou produtivo, por aqueles que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, decorrente de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

[...]

Art. 4.º O Estado-Maior das Forças Armadas (EMFA), em coordenação com os Ministérios Militares, estabelecerá as áreas de atividade, a carga semanal mínima e as modalidades de Prestação desse Serviço.

§ 1.º Desde que compatível com as atividades da Força, o Serviço Alternativo poderá ser prestado em Organização Militar da Ativa (OMA) ou Órgão de Formação de Reservas (OFR), respeitada a restrição legal de não atribuição ao prestatante de atividades de caráter essencialmente militar.

Todavia, os serviços alternativos, com caráter unicamente civil como prestação substituta, que poderiam ser realizados nos muitos órgãos civis ligados às funções estatais, adotado como opção pelos jovens objetores de consciência ao serviço militar, os quais deveriam assegurar valores essenciais à democracia, acabaram por ser prestados dentro das unidades castrenses, estando aos cuidados exclusivos das Forças Armadas, sendo incompatível com a ideia de quem busca servir à pátria para objetivos pacíficos. Deste modo, acabavam por contrariar acordos internacionais dos quais o Brasil pactua, pois, ainda assim, possuíam elementos militares.

Outro ponto importante é que, a obrigação para com o Serviço Alternativo, em tempo de paz, deve iniciar-se a partir da opção do alistado por esse serviço e se estender até 31 de dezembro do ano em que o indivíduo completar quarenta e cinco anos, com duração normal de dezoito meses.

Devido ao grande número de pedidos de eximção ao serviço militar obrigatório juntamente com o serviço alternativo e, tentando combater uma injustiça gerada para os opositores de consciência devido à suspensão dos direitos políticos, foi editada a Portaria Normativa do Ministério da Defesa n.º 147, de 16 de fevereiro de 2004, a qual resolveu implantar o Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório mediante convênios com os demais ministérios, devendo ainda obedecer à diretriz de ser efetivamente realizado fora das unidades castrenses.

O processamento dos casos de eximção da prestação do serviço militar com a suspensão de direitos políticos cabe ao Ministério da Justiça, ocorrendo quase sempre administrativamente. Para isso, basta o indivíduo requerer a eximção alegando escusa de consciência, apresentar declarações de filiação à religião, quando for esse o caso, e aguardar a publicação da suspensão dos direitos políticos no Diário Oficial da União (DOU).

Ante o exposto, a Objeção de Consciência faz colidirem os valores de liberdade e de segurança. A caracterização nacional das Forças Armadas como instituição nacional, permanente e regular, é reconhecida pela Constituição Federal de 1988, donde se depreende que sempre deverá contar com efetivos suficientes para seu funcionamento, mediante recrutamento compulsório, considerando que todo cidadão tem a responsabilidade de defender sua Pátria.

Nas últimas décadas a instituição militar tem perdido gradativamente a sua força de atração moral e psicológica. A propaganda militarista, ao tentar demonstrar pontos positivos de sua instituição, prega que o serviço militar contribui para a educação cívica dos jovens, para que assimilem os valores e interiorizem o espírito militar que logo irão aplicar em sua vida social.

Porém, para Maraschin (2002, p. 38), “seu papel de controle social, formação, simbolismo e encarnação de valores patrióticos está em declive, assim como sua propaganda de escola de cidadãos e modelo de autoridade”. Tal discurso ainda fala da utilização das Forças Armadas apenas para defesa externa, o que, entretanto, possui ressalvas, uma vez que em vários países os exércitos foram utilizados para intimidar os cidadãos dentro do seu próprio país.

Dentre os argumentos contra o Serviço Militar Obrigatório encontra-se a anulação da individualidade, sujeitando o indivíduo a um sistemático autoritarismo, através de um rígido processo disciplinar, o que acaba por favorecer a corrente dos objetores de consciência. Além do que, os diversos valores militares utilizados para defesa de tal obrigação demonstram um contrassenso com os interesses democráticos da maioria do povo brasileiro.

Cumprir destacar que o fato do indivíduo alegar escusa de consciência ao serviço militar obrigatório, não o libera da obrigação de cidadania, a qual impõe o dever lutar pelo próprio país em caso de guerra.

Nesse campo da objeção de consciência invocada perante o Serviço Militar Obrigatório, cabe ainda analisar a questão referente à suspensão dos Direitos Políticos, que ocorre quando o indivíduo se recusa também a prestar o serviço alternativo, disposto no artigo 15, da Constituição da República, *in verbis*:

- Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
- I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
 - II - incapacidade civil absoluta;
 - III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;
 - IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;
 - V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

A perda e a suspensão dos direitos políticos importam na perda definitiva ou temporária dos direitos políticos de votar ou ser votado, respectivamente, em caráter excepcional. Observa-se que a Constituição não especificou os casos de perda ou suspensão, ficando a critério da doutrina fazê-la.

A suspensão dos direitos políticos, que ocorre se for descumprido o serviço alternativo imposto por conta da escusa de consciência, difere da perda dos direitos políticos pela duração da restrição imposta. Enquanto a suspensão dos direitos políticos é temporária, a perda é definitiva. Em caso de perda ou suspensão dos direitos políticos o indivíduo deixa de ser eleitor ou torna-se incapaz de alistar-se como tal, privando-se da elegibilidade e de todos direitos fundados na qualidade de eleitor.

Ademais, o fato de o cidadão recusar-se a cumprir ou cumprir parcialmente a medida alternativa imposta, ficará sujeito a suspensão dos direitos políticos. Em outras palavras, aquele que não cumprir integralmente as medidas alternativas, está sujeito, igualmente aquele que se eximiu de cumprir a medida, à suspensão de seus direitos políticos.

As conseqüências da suspensão dos direitos políticos refletem diretamente no cotidiano do indivíduo, importando em restrições em diversas esferas, tais como a privação temporária do direito de votar, ser votado e de seus atributos de eleitor, assumir cargo decorrente de concurso público, efetuar matrícula em universidades, emitir passaporte, entre outros.

Acrescenta-se que a suspensão dos direitos políticos é temporária, portanto, cessadas as causas que a originaram, o cidadão readquire seus direitos políticos.

DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA A TRATAMENTO MÉDICO

Diante do direito de liberdade e autodeterminação do indivíduo, enquanto garantidor de direitos constitucionais fundamentais daremos, agora, especial atenção aos indivíduos das minorias religiosas, por exemplo, os que professam a religião Testemunhas de Jeová e seu exercício do direito de liberdade de escolha ou recusa de tratamento médico por motivo religioso, mediante seu consentimento informado.

Segundo Vieira e Fontes (2011, p.6), devido à evolução humanística, numa sociedade científica, pluralista e moralmente heterogênea, os direitos fundamentais, os quais se tratam de cláusulas pétreas e não podem ser abolidos, são auto-aplicáveis a partir do momento em que o direito positivo não é capaz de dar respostas objetivas às controvérsias morais, políticas e jurídicas decorrentes das relações humanas.

Aqui, cabe retomar a distinção realizada anteriormente, diferenciando liberdade de consciência de liberdade de crença, sendo a primeira uma liberdade de foro íntimo, dizendo respeito à questão não religiosa, e a segunda mais voltada para a religião, englobando também o conceito de liberdade de foro íntimo.

Acertadamente Born define que:

A liberdade de crença envolve o direito de o cidadão acreditar ou não na existência de uma entidade divina que espiritualmente lhe proteja e guie seus passos e sua fé é instrumentalizada através de ritos e símbolos próprios de uma instituição religiosa. (2014, p. 61).

Portanto, a liberdade de crença religiosa envolve tanto a liberdade de crença quanto a de religião, implicando no direito de crer ou não numa entidade superior e também na liberdade de pertencer ou de mudar de religião, apenas não sendo permitida, sob seu pretexto, a prática de atos que caracterizem ilícitos penais (BORN, 2014, p.87).

O direito fundamental à vida, sob o viés de ser um direito contra o Estado, significa que o Estado tem que prover tudo o que for necessário e adequado à segurança pública e impedir que os particulares ofendam este direito. Deve possibilitar que o indivíduo encontre meios de prover a si mesmo e, caso não alcance este objetivo, conte com o próprio Estado, o qual deve prover o mínimo necessário para assegurar as condições básicas de preservação da vida, o que está diretamente relacionado com a idéia de princípio da dignidade da pessoa humana (VIEIRA; FONTES, 2011, p.10-11).

Importante ainda analisar o artigo 15 do Código Civil, que prega:

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Pode-se dizer que se trata de uma clara manifestação relacionada à liberdade de escolha e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana, demonstrando que a manifestação de vontade deve ser livre, genuína e consciente.

Mostra-se contrária à liberdade de crença, a transfusão compulsória por ordem médica em nome do direito à saúde ou à vida, pois esta viola um direito existencial do indivíduo e, conseqüentemente, macula o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, não mais se deve enxergar a relação do médico com o paciente com uma visão paternalista, justificando qualquer das medidas adotadas como destinadas a restaurar a saúde ou prolongar a vida do indivíduo, ainda que sem a anuência do paciente ou até mesmo contra a sua vontade.

Conforme todo o exposto deve-se assegurar a todos o livre exercício de sua consciência, principalmente se essa liberdade tiver razões de crença religiosa, como ocorre

com os indivíduos que professam a religião denominada Testemunhas de Jeová, as quais são proibidas de realizar transfusão de sangue, pois este procedimento violaria as Leis de Deus, aceitando somente procedimentos médicos alternativos compatíveis com sua própria convicção e interpretação das passagens bíblicas relevantes.

CONCLUSÃO

A necessidade de esclarecimento do instituto da objeção de consciência no ordenamento brasileiro é nítida, uma vez que a estrutura legislativa de amparo aos direitos da consciência é precária, levando-se em conta que sua regulamentação é feita apenas por meio de portarias normativas.

Deve-se considerar que existem alguns limites no comportamento individual que não podem ser transpostos pelas leis, o que certamente geraria uma injustiça sentida no âmago do indivíduo. Os problemas em torno do Serviço Militar Obrigatório e do tratamento médico e a objeção de consciência como uma forma de oposição aos mesmos podem ser tratados como uma injustiça para muitos indivíduos.

Ao se deparar com jovens que se negam a cumprir esta imposição ou obrigação, o Estado se vê na necessidade de retirar-lhes alguns direitos, como forma camuflada de coação para a realização ou prestação. A objeção de consciência se trata de uma opção política democrática, da decisão do indivíduo ser moralmente coerente consigo mesmo.

A imposição ao tratamento médico e a obrigação de prestar o Serviço Militar Obrigatório, por exemplo, colide com as razões morais das pessoas obrigadas ao mesmo, sendo que o direito de consciência como direito fundamental, é resguardado na maioria dos países.

O Brasil, como Estado democrático, deve reconhecer este direito inalienável de todo o ser humano, afirmando a liberdade de conduzir sua existência com base em valores que lhes sejam dignos. A aplicação de tal instituto não pode ser feita de forma restritiva, permitindo que as pessoas, mesmo as minorias, tenham uma margem mais ampla de escolhas, seguindo normalmente suas convicções.

Sob outro aspecto, o legislador não levou em consideração que a eximção ao serviço militar significaria não somente a suspensão dos direitos políticos. Outros direitos foram prejudicados, podendo citar a impossibilidade de acesso às universidades públicas e a indisponibilidade de saída do país, devido à impossibilidade de retirada do passaporte. Trata-se, portanto, de direitos civis e sociais que são indiretamente violados em razão da perda dos direitos políticos.

Pode-se observar que os serviços alternativos ficaram vinculados às Forças Armadas, e devido ao fato de as atividades oferecidas continuarem a ser prestadas dentro das unidades castrenses, houve a necessidade de edição de outra Portaria Normativa. Todo esse problema poderia ser evitado caso houvesse Lei regulamentando o instituto, o que contribuiriam em muito para a sua segurança jurídica.

A forma como o Serviço Militar Obrigatório é tratado no ordenamento, sugere que algumas mudanças devem ser implantadas, uma vez que acaba por submeter o indivíduo aos ditames de uma instituição antidemocrática, onde não há possibilidade de opinar, apenas de obedecer.

A objeção de consciência confronta as normas jurídicas e não as normas sociais, tendo em vista que sua exigência é especificamente sobre obrigação jurídica. Por assim dizer, a objeção de consciência e consequente liberdade do cidadão legitimam o Estado Democrático de Direito.

Portanto, o objetor consciente deve não apenas ser tolerado, mas sim ser respeitado, uma vez que a liberdade de consciência é um direito e a objeção de consciência é o meio para se valer deste direito.

Há uma clara necessidade de formas alternativas de construção social, e os objetores acabam influenciando indiretamente nessas reformas, atuando como meios efetivos na luta política pela transformação do sistema.

Neste rumo, é notório que a alegação da escusa de consciência demanda divulgação nos círculos sociais de toda extensão territorial, uma vez que o tema é carente de divulgação publicitária para instruir a população acerca deste direito fundamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORN, Rogério Carlos. *Objeção de consciência: restrições aos direitos políticos e fundamentais*. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Comissão de Serviço Militar. Portaria normativa n. 2.681/COSEMI, de 28 de julho de 1992. Regulamento da Lei de prestação do serviço alternativo. Disponível em: <http://dsm.dgp.eb.mil.br/phocadownload/Legislacao/Servico_Militar_Inicial/Portarias/Ministerio_da_Defesa/portaria%20nr%202.681%20-%20cosemi%20de%2028%20de%20julho%20de%201992.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 jan. 1989.

BRASIL. Ministério da Defesa. Portaria normativa n. 147/MD, de 16 de fevereiro de 2004. Regulamenta o estabelecimento de convênios para prestação do Serviço Alternativo ao Serviço Militar, concede dispensa do Serviço Alternativo ao Serviço Militar aos atuais eximidos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.defesa.gov.br/arquivos/servico_militar/legislacao/pn147_04.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017.

BUZANELLO, José Carlos. *Objecção de consciência: uma questão constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 38, n. 152, p. 173-182, out./dez. 2001. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/730>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

MARASCHIN, Claudio. *A Objeção de consciência ao serviço militar obrigatório: uma análise do tratamento jurídico da consciência humana*. 144 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82423>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

RODRIGUES, Roberwal Corrêa Nogueira. *A objeção de consciência ao serviço militar obrigatório: o caso brasileiro à luz do direito internacional*. 117 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2010. Disponível em: <<https://uolp.unifor.br/oul/conteudosite/F1066342736/Dissertacao.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

VIEIRA, Luciano Henrik Silveira; FONTES, Rômulo Fernando Novaes. *Objecção de consciência: a legítima recusa a tratamento médico*. 18 p. Revista Acadêmica FEOL, v. 1, n. 1, jan./jul. 2011. Disponível em: <[http://www.feol.com.br/sites/Revista%20eletronica/artigos/DIREITO%20DE%20RECUSA%20A%20TRATAMENTO%20MEDICO%20\(Luciano%20Vieira%20-%20Romulo%20Fontes\).pdf](http://www.feol.com.br/sites/Revista%20eletronica/artigos/DIREITO%20DE%20RECUSA%20A%20TRATAMENTO%20MEDICO%20(Luciano%20Vieira%20-%20Romulo%20Fontes).pdf)>. Acesso em 9 de março de 2017.

A ORIGEM DOS DIREITOS: PRIMEIRAS IMPRESSÕES

João Vitor Conti PARRON¹

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a origem de nossos direitos, uma vez que estes são frequentemente associados exclusivamente a valores positivados, inculcando-se a ideia de que, por este motivo, decorreriam exclusivamente das leis. Neste sentido, buscar-se-á elencar os principais fatores que levam a tal aceção, de modo a entender as justificativas para este pensamento. Por conseguinte, serão analisados tais fundamentos de modo a perquirir acerca da validade de cada um deles. Em sequência, será discorrido acerca da função das leis e da forma como elas são utilizadas atualmente em nossa sociedade, buscando-se apresentar uma alternativa às suas aplicações. Superadas estas etapas, apresentar-se-á uma concepção distinta do que majoritariamente se atribui o conceito de direitos, elucidando a existência de determinados direitos naturais pertencentes à espécie humana. Assim, realizada a distinção entre legislação e direitos, serão estes detalhados de maneira individualizada, buscando-se explicitar a natural existência de cada um deles, bem como sua relevância. Posteriormente, superada a etapa de demonstração da existência de tais direitos naturais, discorrer-se-á a respeito da importância de seus reconhecimentos para a formatação de nosso ordenamento jurídico, pretendendo-se apresentar a implicância de uma legislação não baseada em direitos naturais, conjuntamente à demonstração da serventia destes para a proteção dos indivíduos e consequente convivência pacífica em sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Lei. Direitos Naturais. Vida. Liberdade. Propriedade.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the origin of our rights, since these are often associated exclusively with positive values, with the idea of which, for this reason, would be exclusively governed by the laws. In this sense, the search will be made for the main factors that lead to this meaning, in order to understand the justifications for this thought. These grounds will therefore be examined in order to validity of each of them. In sequence, it will be discussed about the function of laws and as they are currently used in our society, seeking to present a alternative to their applications. Once these stages have been completed, a different conception the concept of rights is mostly attributed, elucidating the existence of certain natural rights belonging to the human species. Thus, the between legislation and rights, these will be detailed in an individualized way, seeking to to explain the natural existence of each of them, as well as their relevance. Posteriorly, beyond the stage of demonstrating the existence of such natural rights, there will be a respect of the importance of its acknowledgments for the formatting of our the intention of presenting the implication of a non-rights-based together with the demonstration of their usefulness for the protection of individuals and peaceful coexistence in society.

KEY-WORDS: Law. Natural Rights. Life. Freedom. Property.

1. INTRODUÇÃO

Em dado momento, surge o questionamento a respeito da assertiva de que os direitos

1 Discente do sétimo termo de direito na Toledo Prudente Centro Universitário.

dos quais desfrutamos somente assim existem em razão de uma disposição legal, ou seja, os seres humanos apenas possuem aqueles direitos positivados em seu sistema jurídico. O homem não possui direitos senão aqueles emanados da lei. Os direitos decorrem estritamente de um sistema legal. Este tipo de pensamento é frequentemente comum dentre os operadores do Direito em nosso país, o que, naturalmente, reflete no atual arranjo de nosso ordenamento jurídico.

Tendo isso em conta, cabe ao presente trabalho investigar as motivações que levam a este tipo de pensamento, antes de se enfrentar suas eventuais inconsistências.

Deste modo, uma primeira justificativa aponta para o fato de não haver direitos fora do mundo positivo, especialmente, em razão da impossibilidade do pleno exercício de um direito sem que haja um instrumental garantidor. De outra sorte, tem-se que, à medida que queremos exercer determinadas faculdades, necessitados gozar de uma ferramenta que a viabilize, isto para evitar a interferência de terceiros. Ou seja, aduz-se que a lei proporciona a existência de um direito, uma vez que passa a protegê-lo e melhor garantir seu exercício.

Outro fator que aqui se entende como motivador de tal pensamento diz respeito à trivialidade com a qual é tratado o assunto em nosso sistema jurídico. A concepção dada a um direito é extremamente ampla, sendo ela estendida a serviços, dirigismos contratuais e até mesmo tentativas de vedações a dissabores cotidianos. Neste cenário, eventuais direitos inatos aos seres humanos são completamente esquecidos e misturados a estas artificialidades, de modo a banalizar o sentido real do termo. Assim, acaba por vigorar a impressão de que os direitos decorrem sim da lei, afinal, são tantos, abrangem tantas disciplinas e são tão complexos, que não poderiam emanar de uma ordem natural, mas tão somente de um arranjo artificial destinado a este fim, qual seja, o corpo estatal.

Por fim, outra justificativa passível de arguição quanto ao tema em tela, é aquela baseada nas chamadas Teorias Contratualistas, especialmente a *Rousseauiana*. Esta aduz, em suma, uma união entre pessoas de modo a realizar um pacto de associação. Neste suposto pacto, os indivíduos renunciariam às suas vontades individuais em prol de uma vontade coletiva e dessa renúncia surgiria a legitimação de um ente central para por nós legislar. Destarte, justifica-se também a derivação dos direitos por meios das leis, justamente pela legitimação advinda de tal “contrato”. Legitimado pela dita renúncia individual, cria-se leis de modo a atender à coletividade, inclusive “criando” direitos, desde que entendido como necessário para tanto.

Acerca do aludido “contrato social”, discorre ROUSSEAU:

“(…) só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade

de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou. O que existe de comum nesses vários interesses forma o liame social e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordassem, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, somente com base nesse interesse comum é que a sociedade deve ser governada. Afirmo, pois, que a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, jamais pode alienar-se, e que o soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode transmitir-se; não, porém, a vontade. A soberania é indivisível pela mesma razão por que é inalienável, pois a vontade ou é geral, ou não o é; ou é a do copo do povo, ou somente de uma parte. No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e faz lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura, quando muito, de um decreto²

No mesmo sentido de justificar a necessidade de tal associação, bem como a legitimação legislativa, conceitua Marilena Chauí:

No estado de natureza, os indivíduos vivem isolados pelas florestas, sobrevivendo com o que a natureza lhes dá, desconhecendo lutas e comunicando-se pelo gesto, pelo grito e pelo canto, numa língua generosa e benevolente. Esse estado de felicidade original, no qual os humanos existem sob a forma do bom selvagem inocente, termina quando alguém cerca um terreno e diz: "É meu". A divisão entre o meu e o teu, isto é, a propriedade privada, dá origem ao estado de sociedade, que corresponde, agora, ao estado de natureza hobbesiano da guerra de todos contra todos³.

À vista disso, percebe-se a tentativa de fundamentação de uma ordem que preze pelo coletivo em detrimento do individual, devendo ela ser aplicada a todos desde que simples maioria lhe preste anuência. Contudo, o que se observa hodiernamente é a invocação dessas premissas para, na tentativa de organizar a sociedade, legislar acerca de diversas disciplinas, inclusive criando matérias que recebem o rótulo de direitos, o que gera a sensação de que os verdadeiros direitos, conforme serão posteriormente expostos, também tem como fonte a via legislativa.

2. O DIREITO E A LEI

Estabelecidas tais premissas cujo escopo é demonstrar os argumentos no sentido de que os direitos decorrem da lei, bem como que esta é legitimada a criá-los e delimitá-los, passa-se a discorrer acerca da validade de tais argumentos, de modo a apresentar uma visão distinta sobre tais acepções.

Inicialmente, no que tange à assertiva de os direitos decorrerem da lei pelo fato de este ser o instrumento hábil a protegê-los, vislumbra-se uma confusão de conceitos. Direito e lei são acepções distintas. A justificativa real da confecção de leis subsiste no fato de, por já existirem direitos, ela se prestar a defendê-los de eventuais usuras.

2 ROUSSEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social Ou Princípios Do Direito Político. Editora Martin Claret .Ed. 3. p. 43. São Paulo, 2009.

3 CHAUI, Marilena. Filosofia. Ed. 1. p. 220. Editora Ática. São Paulo, 2008.

Não é razoável dizer que ela seria criada para proteger algo inexistente. Protege-se, necessariamente, algo que preexiste. Assim, por dedução óbvia, as leis não criam direitos por se destinarem a defendê-los, mas, por eles já existirem, observa-se a necessidade de uma ordem para seu melhor exercício, sendo, então, dado ensejo à sua confecção.

Nessa mesma linha, expõe HAYEK:

Para o homem moderno, por outro lado, a ideia de que toda lei que governa a ação humana é produto de legislação parece tão óbvia, que a afirmação de que o direito é mais antigo que a legislação se lhe afigura quase paradoxal. No entanto, não pode haver dúvida de que existiam leis séculos antes de ocorrer ao homem que ele podia fazê-las ou alterá-las. A ideia de que era capaz disso praticamente não surgiu antes da era clássica grega; posteriormente desapareceu, ressurgindo no final da Idade Média, quando gradualmente obteve aceitação mais geral. Porém, na forma em que é hoje amplamente aceita, a saber, que toda lei é, pode e deve ser produto da livre invenção de um legislador, essa ideia é factualmente falsa, um produto errôneo daquele racionalismo (...) ⁴

Assim, tem-se que o direito é anterior à Lei e, somente por assim ser, permitem que ela exista em sua função real. Só passamos a criar Leis por possuímos direitos. Organizamo-nos, coletivamente, para confecção de um instrumento protetor de nossos direitos fundamentais.

Neste sentido, assevera BASTIAT a respeito do conceito de lei, sua justificativa e destinação:

O que é então a lei? É a organização coletiva do direito individual de legítima defesa.

(...)

Se cada homem tem o direito de defender — até mesmo pela força — sua pessoa, sua liberdade e sua propriedade, então os demais homens têm o direito de se concertarem, de se entenderem e de organizarem uma força comum para proteger constantemente esse direito.

O direito coletivo tem, pois, seu princípio, sua razão de ser, sua legitimidade, no direito individual. E a força comum, racionalmente, não pode ter outra finalidade, outra missão que não a de proteger as forças isoladas que ela substitui ⁵.

No que diz respeito à trivialidade com que são tratados os “direitos” em nosso ordenamento jurídico, consignou-se que daí se extrai a impressão de que os reais direitos derivam da lei haja vista termos nos acostumado com uma inflação legislativa neste sentido, sendo prejudicada a distinção de eventuais direitos inatos em relação a demais inovações legislativas que atribuem o mesmo tratamento.

Destarte, desvirtuada, a lei passa a rogar-se na proibidade de não mais passar a proteger direitos pretéritos, mas a criar ulteriores matérias, dando-lhes, também, tal atribuição. Daí a banalização hoje encontrada em relação aos direitos tutelados por nosso ordenamento.

A respeito desse simbolismo jurídico, descreve Marcelo Neves:

4 HAYEK, Friedrich A. Direito, Legislação e Liberdade. Vol. 1. Normas e Ordem. p. 180.

5 BASTIAT, Frédéric. A Lei. Ed. 3. Editora Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo, 2010.

Em sentido mais abrangente, pode-se dizer que uma quantidade considerável de leis desempenha funções sociais latentes em contradição com sua eficácia normativo-jurídica, ou seja, em oposição ao seu sentido jurídico manifesto [...] pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico⁶.

(...)

“O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão “legislação-álibi”. Através dela, o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos⁷.”

Dessa forma, atribui-se uma preocupação exagerada com assuntos secundários de modo a estarmos, hodiernamente, fadados à trivialidade no que diz respeito às nossas garantias fundamentais. Assim, chega-se ao ponto que nossas reais garantias, quais sejam, nossos direitos naturais enquanto seres humanos, figurarem expostas ao mesmo tratamento que invenções legais completamente inócuas.

Por derradeiro, evoca-se o “contrato social” para que se justifique a legitimação legal para se “criar” direitos e um quanto mais se tem consignada a impressão de que estes decorrem de uma ordem central tão somente. Entretanto, ainda que haja uma inclinação coletiva no sentido de criar leis para melhor organização social, isto não permite ao Estado se rogar no direito de legislar acerca de qualquer assunto, especialmente de modo a “criar” direitos ou imposições que violem nossos direitos naturais enquanto seres humanos.

Ao evocar tal apelo coletivista, os defensores de um “contrato social” mais abrangente, advogam no sentido de que aquilo que emanar do órgão central será legítimo uma vez que representa a vontade coletiva, afinal, não mais o anseio individual sobressai, mas sim, aquilo que importa ao arbítrio comum. Deste modo, cria-se a impressão de que as ações do Estado não evidenciam um ente apartado da sociedade ou uma abstração como, de fato, é, mas sim, o próprio indivíduo, passando a ser delineada uma confusão entre estes dois conceitos, frequentemente comum ao justificar o império prolixo de nossas leis.

O termo coletivo útil “nós” permite lançar uma camuflagem ideológica sobre a realidade da vida política. Se “nós somos o estado”, então qualquer coisa que o estado faça a um indivíduo é não somente justo e não tirânico, como também “voluntário” da parte do respectivo indivíduo. Se o estado incorre numa dívida pública que tem de ser paga através da cobrança de impostos sobre um grupo para benefício de outro, a realidade deste fardo é obscurecida pela afirmação de que “devemos a nós mesmos” (ou “a nossa dívida tem de ser paga”); se o estado recruta um homem, ou o põe na prisão por opinião dissidente, então ele está “fazendo isso a si mesmo” — e, como tal, não ocorreu nada de lamentável.

Nesta mesma linha de raciocínio, os judeus assassinados pelo governo nazista não

6 NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. Ed. 2. p. 30. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo, 2007.

7 NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. Ed. 2. p. 37. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo, 2007.

foram mortos; pelo contrário, devem ter “cometido suicídio”, uma vez que eles eram o governo (que foi eleito democraticamente) e, como tal, qualquer coisa que o governo lhes tenha feito foi voluntário da sua parte. Não seria necessário insistir mais neste ponto; no entanto, a esmagadora maioria das pessoas aceita esta ideia enganosa em maior ou menor grau⁸.

Ademais, outra distinção de importante consignação diz respeito à própria conceituação de Lei trazida pelo modelo contratualista *Rousseauiano*. Por ele, a lei representaria uma subsunção na vontade coletiva, um imperativo necessário ao bem comum, à medida que ao que preceitua Bastiat, por exemplo, conforme exposto anteriormente, esta seria tão somente uma organização destinada a exercer coletivamente aquilo que poderia ser feito em legítima defesa individual.

Ao se ter em mente estas duas formas de se enxergar a atribuição legislativa, observa-se que a primeira conceituação se mostra mais subjetiva, atuando de maneira abrangente, enquanto que a segunda restringe em maior maneira o escopo legal.

Nesse ponto, vale ressaltar que tal distinção possui severa implicância na influência das leis na vida dos indivíduos.

Ao se limitar o escopo legislativo àquilo que seria mera legítima defesa individual, se está resumindo a finalidade da lei à proteção de direitos naturais, porém, se entendida como válida toda criação legislativa que simplesmente represente um conceito subjetivo tal qual é a “vontade comum”, está se criando um permissivo legal para legislar sobre questões secundárias, contudo, dando-lhes o mesmo título de importância que a proteção de garantias fundamentais, haja vista advirem da mesma premissa.

Entretanto, não é porque fora criado um ente central legitimado a organizar a sociedade, que ele pode disciplinar sobre qualquer matéria bastando evocar a “vontade comum”.

Deste modo, subsiste nesta característica grande parte da razão de nosso atual sistema jurídico justamente não ser baseado em direitos naturais, mas sim, em uma aferição abstrata de “bem comum” para confecção de leis, uma vez que é dada uma maior margem ao legislador, desde que realizado este tipo de interpretação.

Dessa maneira, além de extremamente perigosa, tal conclusão transmite a muitos a impressão de que nossos direitos reais decorrem da lei, justamente pela legitimação advinda do sobredito “contrato social” que, todavia, é invocado hodiernamente de maneira exacerbada.

Logo, por ser tentada uma organização social regada de intervenções, cria-se a

8 ROTHBARD, Murray N. *A Anatomia do Estado*. Editora Instituto Ludwig von Mises. p. 7-8. São Paulo, 2012.

impressão que criação de direitos organiza a sociedade e, como são criados inúmeros imperativos, tem-se que estes são criadores de direitos, logo, o direito derivaria da lei - o que, conforme demonstrado, em nada procede.

3. OS DIREITOS NATURAIS

Cada elemento de nosso universo é substanciado por uma composição própria que o caracteriza. Cada matéria existente se vale de particularidades que as fazem diferenciar das demais. Em outras palavras, cada composto traz consigo, por sua simples existência, propriedades intrínsecas que os acompanham, não por terceira determinação, mas por sua própria natureza.

Com o ser humano não ocorre de forma distinta. Parte integrante dessa mesma lógica, também ele possui propriedades que o identificam, que o compõe e que, sobretudo, dão sentido à sua própria existência.

Contudo, organismo diferenciado, o ser humano se distingue, também, pelo fato de, por meio do exercício de tais atributos, conferir a si próprio novas possibilidades, seja lhe proporcionando outras faculdades, ou criando restrições, modificando, assim, seu escopo de atuação. Deste modo, acaba por criar novos atributos, fazendo surgir propriedades ulteriores de sua caracterização. Ao instrumento utilizado para esse processo, comumente, dá-se o nome de “lei”.

Ocorre que, determinados atributos precedem a lei. Representam estes, espécies de propriedades da humanidade. São intrínsecos ao ser humano, preexistindo a qualquer prerrogativa artificial legalmente determinada. Configuram a essência de nossa espécie, ensejam sua evolução e permitem a criação de tudo que hoje conhecemos por legado de nossa existência. A estes atributos, dá-se o nome de direitos naturais.

Isto posto, surge, a necessidade de que sejam especificados quais seriam tais direitos, de modo a diminuir a abstração dos conceitos. Resumem-se, pois, à vida, liberdade e propriedade.

3.1. Vida

De início e, por dedução óbvia, enquanto seres humanos todos temos direito à vida como fator primordial, haja vista ser pressuposto básico para o exercício dos demais direitos. Não é razoável dizer que não há um direito natural à vida, ou que esse direito deve, necessariamente, derivar da Lei para existir, uma vez que, sem ele, sequer seriam possíveis

tais deliberações.

Nas palavras do jusnaturalista John Finnis, a vida corresponde a “Um impulso básico de autopreservação”, assim, configurando um valor básico da existência humana. Deste modo, tal conceito configura um direito natural básico do ser humano por sua simples existência. Todo ser humano possui um direito natural à vida e com este o direito de que esta não possa ser retirada.

Mesmo que não existisse qualquer governo ou uma organização normativa positivada, ainda assim as pessoas teriam tal direito, haja vista ser anterior e independente em relação a qualquer ente central. A própria continuidade da existência humana pressupõe a manutenção e preservação da vida para perpetuidade da espécie, lógica esta observada desde os primórdios por todo e qualquer grupo de convivência.

Negar há um direito natural à vida, ou dizer que este apenas existe por estar positivado em lei, significa concluir que antes de uma menção legal neste sentido, as pessoas poderiam retirar a vida umas das outras, ou que não poderiam agir em defesa da manutenção de sua existência. Tal raciocínio é completamente ilógico, até porque as organizações sociais e observações de normas de conduta também precedem à lei, sendo esta uma mera declaração deste direito preexistente.

3.2. Liberdade

Todavia, como os direitos naturais fazem parte de uma lógica relacionada à própria natureza humana, não figura apenas a vida como um direito natural, mas esta também possui desdobramentos que se complementam e dão sentido à natureza humana. Deste modo, não seria razoável a concepção da vida, exclusivamente, como único direito natural, afinal, esta mesma pressupõe outras faculdades para sua complementação, também ínsitas à existência humana. Garantida a vida, pode-se usufruir das faculdades que ela permite, exercício este feito por meio da liberdade como virtude da existência humana.

Dispõe John Locke em seu Segundo Tratado Sobre o Governo:

Por isso, aquele que tenta colocar outro homem sob seu poder absoluto entra em um estado de guerra com ele; esta atitude pode ser compreendida como a declaração de uma intenção contra sua vida. Assim sendo, tenho razão em concluir que aquele que me colocasse sob seu poder sem meu consentimento me usaria como lhe aprovesse quando me visse naquela situação e prosseguiria até me destruir; pois ninguém pode desejar ter-me em seu poder absoluto, a não ser para me obrigar à força a algo que vem contra meu direito de liberdade, ou seja, fazer de mim um escravo. Escapar de tal violência é a única garantia de minha preservação; e a razão me leva a encará-lo como um inimigo à minha preservação, que me privaria daquela liberdade que a protege; de forma que aquele que tenta me escravizar coloca-se por conseguinte em um estado de guerra comigo. Aquele que no estado de natureza retirasse a liberdade que pertence a qualquer um naquele estado, necessariamente se supõe que tem

intenção de retirar tudo o mais, pois a liberdade é a base de todo o resto; assim como aquele que no estado de sociedade retirasse a liberdade pertencente aos membros daquela sociedade ou da comunidade política, seria suspeito de tencionar retirar deles tudo o mais, e portanto seria tratado como em estado de guerra⁹.

Como se vê, o autor traduz a lógica aqui exposta ao mencionar que possui o direito natural à vida, sendo que contra esta ninguém pode atentar, porém, usa para a mesma defesa a o direito à liberdade ao afirmar que os homens não podem ser colocados como escravos por contrariar a lógica da natureza. Coloca, ainda, que realizar tal defesa faz parte de sua preservação, também conforme exposto. Por fim, traduz na liberdade a base para todo o resto e, portanto, necessária ao exercício de demais faculdades.

3.3. Propriedade

Por derradeiro, complementa a lógica de uma vida humana livre, que se possa, por meio destes atributos, apropriar-se de bens, de modo, tanto a prover a própria subsistência, quanto evoluir de condição e melhorar o conforto com o qual se mantém no exercício de suas faculdades, razões pelas quais também figura a propriedade como um direito natural.

Nesse sentido, discorre John Locke:

Cada homem possui a propriedade de sua própria pessoa. A esta ninguém tem direito algum, além dele mesmo. O trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos, pode-se dizer, são propriamente seus. Qualquer coisa que então retire do estado que a natureza proveu e deixou, e misture com seu trabalho e adicione algo que é seu, se torna sua propriedade. Sendo por ele retirado do estado comum em que a natureza a deixou, a ela agregou, com esse trabalho, algo que exclui o direito comum dos demais homens. Por ser esse trabalho propriedade inquestionável do trabalhador, homem algum além de si pode ter direito àquilo ao qual tal trabalho tenha sido agregado...

Aquele que se alimenta das bolotas que apanha debaixo de um carvalho ou das maçãs que colhe das árvores do bosque com certeza delas apropriou-se para si mesmo. Ninguém pode negar que o alimento lhe pertença. Pergunto então quando passou a pertencer-lhe?... Fica claro que, se o fato de colher o alimento não o fez seu, nada mais o faria. Aquele trabalho imprimiu uma distinção entre aqueles frutos e os comuns, acrescentando-lhes algo mais do que a natureza, mãe comum a todos, fizera; desse modo, tornaram-se seu direito particular. E poderá alguém dizer que não tinha direito algum a essas bolotas ou maçãs de que se apropriou por não ter tido o consentimento de toda a humanidade para torná-las suas?... Fosse tal consentimento necessário, o homem teria morrido de fome, não obstante a abundância com que Deus o proveu. Vemos nas terras comuns, que assim permanecem em virtude de um pacto, que a origem da propriedade advém da apropriação de algo comum e sua retirada do estado no qual a natureza o; sem isso, o comum não tem utilidade alguma.

Porquanto, observa-se que a noção de propriedade é fundamental para a existência humana. Outro arranjo que não esse para a alocação de bens, conduziria a humanidade à miséria.

Se nada é de propriedade de ninguém, então todos morreriam de fome. Se tudo,

9 LOCKE, John. Segundo Tratado Do Governo Civil. Editora Vozes. p. 39.

pertencesse a todos, também a totalidade de pessoas deveria prestar anuência ao uso de qualquer propriedade, o que acarretaria no mesmo efeito.

Assim, conclui-se que a propriedade é um axioma natural da vida humana, também precedente a qualquer disposição legal, uma vez que mesmo antes de qualquer colocação neste sentido, as pessoas já conduziam suas vidas sob a lógica aqui apresentada e possuíam este direito natural, tanto quanto em relação a seu próprio corpo, quanto em relação àquilo que a ele se mistura por meio de seu próprio trabalho.

4. DIREITOS NATURAIS E A CONTRADIÇÃO PERFORMATIVA

Ademais, não obstante todo o exposto, ao se tentar realizar uma defesa no sentido de argumentar contra a existência de direitos naturais, se estará fadado à contradição, pois, o conteúdo de tal argumentação irá diretamente contra seus próprios pressupostos.

Justamente tais virtudes da natureza humana, aqui expostas como sendo nossos direitos naturais, que permitem que haja algum tipo de argumentação, ainda que em seu desfavor ou negando a sua própria existência.

A existência de direitos naturais é condição imprescindível à exposição de qualquer argumento, sendo impensável asseverar no sentido de que só é possível realizar uma argumentação desde que declarados direitos para tanto em um sistema jurídico.

Nessa ótica, suponha-se que seja realizada uma defesa no sentido de atestar que os seres humanos não possuem um direito natural à liberdade. Imediatamente, haverá uma incoerência com tal argumentação, haja vista que o autor da assertiva, só a fez justamente por ser um indivíduo livre, que possui tal atributo como virtude de sua própria existência e, por meio desta liberdade, exerceu uma de suas faculdades ao produzir tal tese, ainda que equivocada.

Deste, ao se tentar negar a existência de direitos naturais ou associá-los exclusivamente à origem por criações legislativas, se está construindo uma argumentação autodestrutiva, contendo em si mesma, elementos que fazem sucumbir a própria conclusão. Assim, a própria tentativa de negação dos direitos naturais corrobora sua existência, uma vez que é verificada uma contradição performativa em tal arguição.

5. DIREITOS NATURAIS E SUA FUNÇÃO LIMITADORA

Isto posto, em primeira análise, extrai-se pela importância destes direitos supramencionados que não podem eles serem tolhidos pelo instrumental de criação de

faculdades artificiais, qual seja, a lei. Em um segundo momento, percebe-se, ainda, que, diferentemente do que aduzido pela maioria de nossos juristas, não é por derivação legal que nossos direitos naturais surgem, mas, justamente por preexistirem, é que a lei pôde emergir.

Nesse sentido, preceitua BASTIAT:

A vida, a liberdade e a propriedade não existem pelo simples fato de os homens terem feito leis. Ao contrário, foi pelo fato de a vida, a liberdade e a propriedade existirem antes que os homens foram levados a fazer as leis¹⁰

Com a assertiva, o autor busca atestar que o ser humano é anterior ao Estado. O indivíduo criou tal organização central para que pudesse servi-lo e, de alguma forma, melhorar a harmonização social, provendo-lhe segurança e facilitando a prosperidade, e não o contrário.

Deste modo, ressalta-se que a sociedade é apenas uma dedução das relações dos indivíduos, e não um ente personalizado de onde emergimos. Por este motivo, também, é importante a ideia de que os indivíduos possuem direitos naturais inerentes à sua existência e, a partir de então, podem optar à realização de uma organização destinada a protegê-los, mas não o caminho inverso, no sentido de haver uma ordem coletiva que arbitre a respeito de quais sejam os direitos que os indivíduos possuem e em que medida devem exercê-los, impondo-lhes tal conclusão.

Não é a coletividade que perfaz o indivíduo. Ter inculcado um pensamento de que o coletivo vem antes do individual e usar disso para confecção de leis que supostamente “criam” direitos de modo a atender as necessidades das pessoas e melhorar o bem-estar geral é um pensamento bastante temerário. A ordem espontânea é inversa. Indivíduos pensam, indivíduos agem, são eles os protagonistas de um meio de convivência, não o senso coletivo. Porquanto, os direitos naturais precedem e preponderam sobre qualquer faculdade artificial por via legislativa.

Nas palavras de Friedrich Hayek:

A legislação a criação intencional de leis foi com justiça considerada, entre todas as invenções do homem, aquela plena das mais graves consequências, tendo seus efeitos alcance ainda maior que os do fogo e da pólvora¹. Ao contrário do próprio direito, que jamais foi 'inventado' no mesmo sentido, a legislação é um invento relativamente recente na história da humanidade. Ela proporcionou aos homens um instrumento extremamente poderoso, de que necessitavam para realizar algum bem, mas que ainda não aprenderam a controlar de tal modo que não gere grande mal.

Assim, além de intrínseco à virtude humana e pressupostos para seu desenvolvimento, os direitos naturais ainda prestam grandes serventia ao impor limitações a arbítrios governamentais que atentem contra esta ordem natural de convívio. Ao se ter firme

10 BASTIAT, Frédéric. A Lei. Ed. 3. p. 11. Editora Instituto Ludwig VonMises. São Paulo, 2010.

em mente a existência de tais direitos, sua origem, desdobramentos e importância, fica obstado o legislador de disciplinar acerca de questões que fujam à mera declaração e proteção desses direitos e, especialmente, acerca daquelas desvirtuadas matérias que, pelas mais variadas justificativas respaldadas em um abstrato “bem comum”, venham a violá-los.

Nas palavras de Rafael Saldanha: “o Direito não apenas é anterior ao estado, como também é uma ferramenta valiosa para se proteger do estado e de outros criminosos”. Assim, se, conforme o exposto, indivíduos não podem violar direitos naturais uns dos outros, da mesma maneira, não pode a organização coletiva destinada a proteger estes direitos tolher tais direitos, sob pena de ignorar sua própria origem e destinação.

Sob esse prisma, disciplina BASTIAT:

O direito coletivo tem, pois, seu princípio, sua razão de ser, sua legitimidade, no direito individual. E a força comum, racionalmente, não pode ter outra finalidade, outra missão que não a de proteger as forças isoladas que ela substitui. Assim, da mesma forma que a força de um indivíduo não pode, legitimamente, atentar contra a pessoa, a liberdade, a propriedade de outro indivíduo, pela mesma razão a força comum não pode ser legitimamente usada para destruir a pessoa, a liberdade, a propriedade dos indivíduos ou dos grupos¹¹.

Deste modo, observa-se a vital importância do reconhecimento dos direitos naturais em um ordenamento jurídico para que seja delineada uma legislação nele baseada, de modo a evitar o espólio legalizado em detrimento dos indivíduos e a legislação em benefício próprio por parte daqueles que possuem tal prerrogativa.

Fixando-se os direitos naturais como base para qualquer inovação legislativa, se estará criando um rígido limitador a qualquer aludido “pacto social”, de modo a manter a lei em seu real sentido e atribuição, evitando-se que se desvirtue e passe a tolher aqueles que exclusivamente deveria proteger.

6. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, tentou se demonstrar ao longo deste trabalho a existência de direitos naturais e a importância de seu reconhecimento e aplicação em um sistema jurídico, apartando tal conceito da acepção de lei, esta que, por sua vez, possui como função, não criar direitos, mas se limitar a protegê-los.

Vida, liberdade e propriedade são atributos que caracterizam a espécie humana e a diferencia das demais, figurando como virtudes de nossa própria existência. Portanto, são os baluartes maiores a serem respeitados, tanto entre indivíduos para com outros, quanto em relação a organizações coletivas em face de particulares.

11 BASTIAT, Frédéric. A Lei. Ed. 3. p. 12. Editora Instituto Ludwig VonMises. São Paulo, 2010.

Dessa maneira, deve o legislador se ater a tais atributos, não podendo disciplinar acerca de qualquer matéria, sob o risco de negligenciar a importância devida a tais virtudes, o que culminaria em um arranjo legislativo prolixo, desvirtuado e ineficiente, tal qual observamos atualmente.

Ademais, ao escapar à disposição de defesas a nossos direitos naturais, se estará, automaticamente, desrespeitando algum deles, visto que, ao realizar qualquer criação de “novos direitos”, pressupõe-se a espoliação de terceiros para suas efetivações, o que por si só, geraria um óbice em tal inovação legislativa.

Por esses motivos é que os direitos naturais prestam grande serventia como escudo às garantias fundamentais dos seres humanos, impedindo que imposições legais sejam criadas favor de quem as formula, bem como qualquer locupletamento em detrimento dos indivíduos por meio de meras justificativas em abstrações como as de “bem comum” ou “anseio coletivo”.

No mais, apenas por meio de um arranjo baseado em direitos naturais, somado à eterna vigilância dos indivíduos, é que se pode conduzir a uma sociedade justa, pacífica e moralmente defensável, conforme o mínimo que se espera de qualquer organização coletiva.

7. REFERÊNCIAS

BASTIAT, Frédéric. A Lei. Ed. 3. Editora Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo, 2010

CHAUÍ, Marilena. Filosofia. Ed. 1. Editora Ática. São Paulo, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação. Ed. 4. Editora Atlas. São Paulo, 2003.

FINNIS, John Mitchell. Lei Natural e Direitos Naturais. Editora Unisinos. São Leopoldo, 2007.

HAYEK, Friedrich A. Direito, Legislação e Liberdade. Vol. 1 – Normas e Ordem. Editora Visão. São Paulo, 1979.

LOCKE, John. O Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Editora Vozes. Petrópolis, 1994.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. Ed. 2. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo, 2007.

ROTHBARD, Murray N. A Anatomia do Estado. Editora Instituto Ludwig von Mises. São Paulo, 2012.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social Ou Princípios Do Direito Político. Editora Martin Claret. Ed. 3. São Paulo, 2009.

A POSSIBILIDADE DE ESCOLHA DO PERFIL DO ADOTANDO COMO ÓBICE AO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Carla BERTONCINI¹
Fabiani Daniel BERTIN²

RESUMO

A família como base da sociedade, assim tem sido o estipulado pelo Texto Constitucional de 1988, consolidado pelas inúmeras legislações se que debruçaram sobre o assunto, tais como o próprio Código Civil, isso, em razão de que nela acontece o primeiro contato em grupo, por meio do qual o homem passa a ser inserido no corpo social. Contudo, tal grupo tem ganhado nova roupagem, através dos inúmeros arranjos familiares, advindos das transformações sócio-culturais ocorridas ao longo da história e, dentre eles, destaca-se a adoção. No Brasil, sabe-se que o instituto possibilita ao adotante escolher o perfil do futuro filho, o que tem gerado entraves na consolidação do processo, visto que nem sempre a realidade corresponde à expectativa, o que acaba fazendo com que a “conta” não feche, tornando-se um óbice à adoção. Diante disso, pretende-se, pois, levantar a questão e abrir ao diálogo de novas reflexões acerca do tema, considerando sempre a finalidade do instituto e o interesse do menor.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Menor - Adoção – Inclusão Social

ABSTRACT

The family as the basis of society, this has been the stipulated by the 1988 Constitutional Text, consolidated by the numerous legislations that have dealt with the subject, such as the Civil Code itself. This is because in it happens the first contact in a group, through which man is inserted into the social body. However, such a group has gained new clothes, through the innumerable family arrangements, stemming from the socio-cultural transformations that have taken place throughout history, and among them, adoption stands out. In Brazil, it is known that the institute allows the adopter to choose the profile of the future child, which has generated obstacles in the consolidation of the process, since reality does not always correspond to expectation; Which ends up causing the "account" does not close, becoming an obstacle to adoption. In view of this, it is therefore intended to raise the question and open the dialogue for new reflections on the subject, always considering the purpose of the institute and the interest of the child.

KEY-WORDS: Minor Law - Adoption - Social Inclusion

-
- 1 Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE (2001) e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC (2011). Atualmente é professora adjunta (Direito de Família e Sucessões) da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Campus de Jacarezinho, e professora de Direito de Família das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). E-mail para contato: bertoncinicarla@uol.com.br
 - 2 Licenciada em História (2011) e Bacharel em Direito (2016), pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP - Campus de Jacarezinho. Especialista em Gestão Pública pela Faculdade São Brás, Curitiba (2015). Pós graduanda em Direito Público pelo Complexo de Ensino Luiz Flávio Gomes (2017-2018). Integrante dos Grupo de Pesquisa “INTERVEPS - Intervenção do Estado na vida das pessoas”, e “Direitos fundamentais e a sistematização precedentalista vinculante no Brasil”, ambos da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogada militante na subseção de Santo Antônio da Platina/ Paraná. E-mail para contato: fabidireito.ziron@gmail.com

INTRODUÇÃO

Que a família contribui para convivência em sociedade, não há dúvidas. Tanto que várias das ciências voltaram o olhar para essa instituição, encarando-a como essencial ao desenvolvimento humano. Isso porque o homem não vive isoladamente, mas necessita da convivência entre vários grupos nos quais vai se inserindo ou sendo inserido ao longo da vida, isso tem sido comprovado pelos séculos e séculos de história que não permite, aqui, mentir.

Entretanto, esse conceito de unidade familiar tem ganho novas roupagens, advindas das novas modalidades chamadas de arranjos, as quais consolidam suas bases por meio do afeto. E dentre os tantos, eis que uma delas apresenta-se, aqui, como o objeto dessa proposta: a adoção.

Um tema já muito pesquisado, mas ainda carecedor de estudo, ao passo em que trata o instituto da recolocação do indivíduo em uma família substituta, o que altera – drasticamente – o destino do adotado.

Para tanto, de um modo inicial, pretende-se apresentar o menor como sujeito de direitos e daí partir para a discussão sobre importância do pertencimento familiar como crucial ao seu desenvolvimento.

Em seguida, pretende-se explicar a questão do afeto, direito assegurado ao menor – seja adotando ou em sua família natural – e sua efetivação através da adoção.

Posteriormente, intenta-se discutir quanto à possibilidade de escolha do perfil do adotando, encarando tal oportunidade como um dos entraves à adoção, questionando, inclusive, sobre os motivos de a “conta” não fechar.

Por fim, após terem sido analisados os relatórios fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, quanto aos dados de adotantes e adotandos inscritos, refletir se o Cadastro Nacional de Adoção, ao permitir a escolha do perfil do adotando, tem contribuído ou prejudicado os interesses do menor.

Por óbvio, sabe-se que o tema é complexo e não pretende, em hipótese alguma, declarar, em definitivo, se o Cadastro é certo ou errado da forma como está. Mas, pretende-se, pois, levantar a questão e abrir ao diálogo de novas reflexões acerca do tema, considerando sempre a finalidade do instituto e o interesse do menor.

O MENOR COMO SUJEITO DE DIREITOS: A IMPORTÂNCIA DO PERTENCER A UM SEIO FAMILIAR

A proteção à criança e ao adolescente transcendem as fronteiras geográficas, indo além da proteção jurídica de um determinado Estado. Tanto que não incomuns são as notícias

vinculadas por meio de órgãos tais como ONU, Unicef - inclusive com a Declaração Universal do Direito da Criança - entre tantas outras ONG's dedicadas a zelar e resguardar o direito e assegurar a efetividade deste no que diz respeito ao menor e, ainda mais em especial, à criança. Quanto a isso, em tempo, lembra Venosa (2015, p. 19):

A proteção à criança é questão preocupante para todos os povos. A ONU já provara em 1959 a “Declaração Universal dos Direitos da Criança”, visando à conscientização global. Esse organismo internacional aprovou em 1989 a “Convenção sobre os Direitos da Criança”, ratificada pelo Brasil em 1990.

Sendo nesse contexto de preocupações que a adesão a tais direitos evidenciou-se na Constituição Federal de 1988, quando voltou o olhar para o indivíduo menor, expressando o cuidado em relação às suas peculiaridades e vulnerabilidades.

Posteriormente, viu ser necessário fazer mais, o que se concretizou com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, frisando tal preocupação, reforçando a obrigatoriedade do dever do cuidado, estendendo tais atribuições, de forma solidária, à família, à sociedade e ao Estado, conforme determinado pelo ECA:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

E que aqui não seja compreendida a preocupação exclusivamente com a criança – afinal, hoje, tanto a ONU quanto ONG's tratam de direitos extensíveis ao adolescente - mas também com o adolescente. Necessário que isso seja considerado, pois pela legislação pátria, criança é todo indivíduo com doze anos incompletos. Já adolescente, seriam os que estão entre os doze completos, sem, contudo, completar os dezoito, como bem se encontra definido no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 2º.

E, também, destinou parte do Código Civil de 2002 para reforçar direitos ao menor já assegurados. Em seu início, apresentando os direitos inerentes à personalidade, explanando em seu art. 2º “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Portanto, estende o rol de direitos aos nascituros, proporcionando a ele a condição de sujeitos de direitos, o que se concretiza com o nascimento com vida.

E essa segurança jurídica encontrada ao longo do Código Civil é de grande importância para evitar que o menor permaneça em condições vulneráveis, o que pode o tornar mais propenso a ter seus direitos violados, quando a eles negligenciado o dever de proteção – o que não pode ser admitido em hipótese alguma, ao passo que, quando se tratam de direitos elementares, fundamentais, ocupam a posição de *cláusula pétrea*, não sendo

passível de restrições.

Diante disso, preocupado o legislador com a situação de tal grupo, fez, por meio do ECA, um rol de direitos – não taxativos - a fim de que as mais diversas situações pudessem estar previstas e, caso ocorressem, tivesse o operador do direito condições efetivas e seguras para dar solução ao caso.

Por óbvio, que não é possível prever – por mais esforçado que seja o legislador – todas as situações para as quais a lei deve ser aplicada. Sendo também crucial ressaltar sobre a necessária efetividade de tais mecanismos legais, sem a qual estaria a adoção sendo ainda mais burocratizada, como lembrado por Pratella e Welter (2016, p. 11): “No entanto, não adiantam leis que não sejam efetivas, isto apenas serve para burocratizar e emperrar o direito à adoção daqueles que tiveram o infortúnio de não ser acolhido em sua família biológica”

Isso em razão de que sempre haverá lacunas legais, sendo necessária a utilização do universo principiológico a fim de suprir tais espaços. Sendo que dentre os tantos, eis que um é de tamanha relevância e magnitude: o da proteção integral à criança e ao adolescente. Resume ele o amálgama de direitos norteadores e destinados ao menor, abrangendo dos mais básicos aos mais complexos, suprimindo, desse modo, as necessidades a eles inerentes.

E dentre os tantos, e talvez um dos mais importantes, destaca-se o direito de pertencer a uma família, sentindo-se e sendo respeitado como o membro de uma instituição a qual se destina à iniciação da vida em sociedade, o que é defendido por Riva (2016, p. 275) “Os cuidados para com os filhos, decorrentes do exercício do poder familiar e previstos em diversas normas, são atribuídos, em primeiro lugar à família, independentemente de sua forma de constituição, sob a vigilância e a proteção da sociedade em geral e do Estado.”

Porém, a esse direito foi necessário ajustar as realidades e infortúnios causados pela vida - que nem sempre trata a todos com as mesmas generosidades. De modo que não sendo possível o crescimento em sua família natural, possa ser inserido em uma substituta, independentemente da forma como tal grupo se constitua, em razão das várias possibilidades advindas dos novos arranjos familiares, *locus* em que o afeto prepondera sobre o vínculo sanguíneo. Quanto a essa nova família substituta e ao surgimento dos novos arranjos, explica Padilha (2015, p. 177):

Sendo assim, quando se fala em novos arranjos familiares, refere-se às diferentes modalidades de convivência familiar e que têm o vínculo afetivo como sua principal característica. Passou-se a falar em entidade familiar, atentando-se muito mais ao afeto que une seus integrantes do que à sua forma.

E tais arranjos precisam ser compreendidos em razão de ser a família um complexo grupo paradoxal, em constante alteração, acompanhando as mudanças sociais, conforme

explicado por Boarini (2003, p. 1)

O primeiro grupo ao qual o ser humano pertence, convencionalmente denominado família, é algo muito velho e, paradoxalmente, muito novo. É um conceito velho se considerarmos que o homem, invariavelmente, em seus primeiros anos de vida, vai necessitar dos cuidados alheios, e qualquer que seja o vínculo (de consangüinidade, de filantropia etc.) que o prende aos adultos circundantes, deve contar com alguém ou com um grupo de pessoas que lhe ofereça os cuidados necessários para sua sobrevivência. É um conceito permanentemente novo, à medida que a família vai se transformando e remodelando-se de acordo com os contornos da sociedade na qual está inserida.

Sendo, portanto, tais arranjos contribuições efetivas para que ao menor seja possibilitada a convivência familiar, no caso de ser necessária sua inserção em família substituta, visando, sobretudo, ao acesso ao afeto, direito fundamental às relações humanas, base sustentadora da unidade familiar, que tem passado por transformações ao longo do tempo, como explica Castanho (2013, p. 196)

É certo que atualmente as famílias continuam num processo de individualização de seus membros, seu elemento central já não representa necessariamente o patriarca ou grupo. Este trabalha em função do bem-estar dos indivíduos. Houve ao longo da história um caminhar que culminou na família que conhecemos hoje. Alteraram-se os papéis homem-mulher na manutenção da família, trabalho doméstico, participação no orçamento familiar e educação dos filhos.

E essa relação entre família substituta e vínculo afetivo torna-se possível com um dos caminhos previstos pelo ECA ao tratar do instituto da adoção. Possibilita aos indivíduos que se vêem destituídos do poder familiar – aqui sem mencionar as inúmeras razões para tanto – e que necessitam de um recomeço, de um porto seguro, uma nova oportunidade para sentir-se como membro de uma família, o que está intrinsecamente relacionado à própria concepção de dignidade humana. Quanto a essa, ressalta Ingo Sarlet (2005, p. 20)

Além disso, não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas - ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos.

Portanto, esse pertencimento contribui para que o indivíduo se sinta como parte de um grupo que está ao seu lado, caminhando com ele em sua fase de desenvolvimento, sendo sua base, seu alicerce, sentimentos relacionados ao próprio estado de ser do homem e suas mais plenas definições.

Por óbvio, prefere o legislador que cresça o menor em sua família natural e assim a define no ECA como: “Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.” E ainda em seu parágrafo único do artigo 25, estende a definição à chamada família extensa ou ampliada: “Parágrafo único. Entende-se por

família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.”

Mas não descarta, entretanto, a possibilidade de um vínculo jurídico, afetivo, social, visto que elenca o afeto como algo intrínseco à filiação, independentemente do modo como ela venha se constituir, igualando, inclusive o direito aos filhos, sejam biológicos ou não, conforme estabelecido pelo Código Civil: “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

E esse direito ao convívio familiar é tão essencial para o desenvolvimento do menor, que vem expresso no ECA: art. 19 do referido Estatuto: “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”

Busca-se com isso, como bem expresso no texto legal, possibilitar uma convivência capaz de garantir um desenvolvimento pleno, integral e saudável, ao lado daqueles que têm por dever assegurar tais direitos. Isso porque é por meio da família que acontecem os primeiros contatos com a sociedade, assumindo os pais ou responsáveis a função de iniciadores ao convívio social, além de dar toda a assistência oriunda do estado de filiação, como ressalta Venosa (2015, p. 245):

Sob o aspecto do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que tem como sujeitos os pais com relação aos filhos. Portanto, sob esse prisma, o direito de filiação abrange também o pátrio poder, atualmente denominado poder familiar, que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral.

Sem a presença da família, além da gama de direitos negligenciados por essa ausência, seria, sobretudo, violada a própria noção de dignidade humana, ao passo que estaria o menor fadado às margens da sociedade, como alguém desmembrado de si mesmo, sem condições para encontrar sua própria identidade. Quanto à dignidade, esclarece Barroso (2015, p. 285): “A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios.”

E a família assume parte desse caminho a uma vida digna; por meio dela são construídos os vínculos afetivos, é exercido o cuidado material, proporcionando a efetiva proteção integral tão almejada. E mais do que isso. Se olhada a família com a devida importância que possui, já não importam as definições fechadas e tradicionais a ela atribuídas.

Hodiernamente, prevalece o afeto, o zelo, o amor, a união, mais do que qualquer outra definição já inaplicável. E isso tende a contribuir, especialmente, no que tange às famílias substitutas; porque aquele “padrão” de outrora tem cedido – ainda que contrariamente à vontade de muitos, afinal trata-se de um trabalho de desconstrução histórico-cultural a ser desenvolvido, e isso requer tempo – espaço para os novos arranjos familiares, com pessoas dispostas a receber indivíduos destituídos de suas famílias naturais, rompendo com os paradigmas do modelo tradicional, como explica Souza (2011, p. 117)

Tornou-se irrelevante perquirir se a família foi formada por meio do casamento, da união estável, de um simples namoro, de uma parceria entre pessoas do mesmo sexo ou da adoção realizada por uma pessoa solteira. Neste sentido, o direito à afetividade ou ao afeto é um direito de personalidade no tocante à estruturação da entidade familiar. O que se percebe é o desvínculo a um formalismo exacerbado que segregava socialmente alguns indivíduos. Não subsistem, dessa maneira, hierarquia entre filhos, distinções entre sexos ou preconceitos de qualquer espécie. O sujeito, a partir da nova perspectiva relatada, passou a escolher a forma de constituir sua família, sendo tal escolha sempre pautada no afeto.

Portanto, irrelevante é a forma como a família venha a ser constituída. O que importa é a função por ela desempenhada de receber em seu meio um indivíduo, oferecendo a ele proteção, cuidado, afeto, coisas das quais todo ser humano carece. Tal afeto, como bem defende Souza (2011), vai além de um mero sentimento dedicado ao outro, mas de um verdadeiro direito de personalidade, sem o qual poderá comprometer a fase determinante da vida do indivíduo, abrangida da infância à adolescência, podendo implicar em consequências no seu período adulto.

A ADOÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO AFETO

Determinada pelo Texto Constitucional como a base do Estado, a família tem sido um dos pilares nos quais se alicerçam um povo, especialmente o brasileiro, conforme expresso em sua Lei Maior:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Como visto, a carga axiológica na qual está a instituição familiar imersa destaca

como um dos seus principais fundamentos a dignidade da pessoa humana, sustentáculo do ordenamento jurídico pátrio. Daí a decorrência de toda a proteção oferecida pelo constituinte originário acerca do assunto, a fim de que o instituto não ficasse exposto à mercê, nem mesmo de possíveis negligências estatais, pondo em risco o exercício de suas finalidades intrínsecas. Quanto à dignidade humana, explica Haberle (2005, p. 150)

A dignidade humana constitui a “base” do Estado constitucional como *tipo*, expressando as suas premissas antropológico-culturais. Os Poderes Constituintes, “de mãos dadas” com a jurisprudência e ciência e, mediante uma atuação também criativa, desenvolveram e construíram estes fundamentos. Acompanhar e seguir as fases do crescimento cultural e, com isso também as dimensões da dignidade humana em permanente processo de evolução, é tarefa de todos: do Poder Constituinte até o cidadão, resultando no direitos do cidadão à democracia.

Contudo, antes de prosseguir, há de ser feito um alerta. O conceito de família aqui exposto é o mais aberto a ampliações possível, fugindo ao limitado âmbito tradicional em que a definia com a trivial composição de “papai, mamãe e filhinhos”, oriundos de um vínculo biológico, mais conhecida como família natural. Dessa forma, como fenômeno social, está a unidade familiar apta à reconstruções, reformulação, como algo inacabado em sua definição, como explicado por Mariano (on-line, p. 15)

A família é um fenômeno social que produz inúmeros efeitos jurídicos, cria divergências sociais que impelem tanto o mundo jurídico, quanto o sociológico, caminhando sempre à frente das normas e convenções, e buscando seu próprio espaço, criando soluções para sua evolução.

E isso porque tal conceito tem passado por uma releitura, uma reinterpretação, sendo associado às transformações histórico – culturais pelas quais a sociedade tem caminhado. O que é explicado por Padilha (2015, p. 167):

Já no mundo atual, o conceito de família sofreu significativas transformações oriundas do desenvolvimento das ciências, da tecnologia e dos costumes, a partir dos quais a legislação expandiu o seu caráter protetivo, adaptou-se a uma realidade fática, contemporânea, e consignou o novo retrato da família, priorizou a plena realização pessoal de cada membro familiar, com base no afeto, na busca pela felicidade, no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais.

Como ressaltado por Padilha, essa mudança no conceito é pautada por algo além dos “laços” biológicos, tidos como o mais importante em outros momentos. Hoje, o conceito destrincha-se ao viés da felicidade, do respeito, a fim de se chegar ao ponto culminante que é o afeto. E para atingir tal ponto é desnecessário que as relações pautem-se, exclusivamente, pela união sanguínea, bastando, pois, o ânimo de constituir a unidade familiar, ampliando o rol de possibilidades, visando ao acompanhamento social e ampliando sua concepção conceitual conforme ressalta Mariano (on-line, p. 2):

A evolução constitucional também alcançou a sociedade e a família. A constitucionalidade conduziu o país do Estado Liberal para o Social e esta realidade

surgiu com a Constituição Federal de 1988. O sistema jurídico estabeleceu regramentos segundo a realidade social e esta alcançou diretamente o núcleo familiar, regulamentando a possibilidade de novas concepções de família, instaurando a igualdade entre homem e mulher, ampliando o conceito de família e protegendo todos os seus integrantes.

De fato, o afeto relacionado à noção de solidariedade – do caminho duplo em que um membro assiste o outro hoje e dele recebe assistência amanhã – caminham como instrumentos de um novo olhar sobre a família. Quanto à solidariedade, explica Maluf (2010, p. 53):

O princípio da solidariedade familiar, expresso no art. 3, I e 229 da Constituição Federal, resulta da superação do individualismo jurídico e busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, origina-se nos vínculos de afetividade que marcam as relações familiares, abrangendo os conceitos de fraternidade e reciprocidade.

O que também é ressaltado por Gagliano, (2015, p. 95), como uma tradução à afetividade, bem como uma extensão de responsabilidade social aplicada à família: “): “Esse princípio não apenas traduz a afetividade necessária que une os membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar.” Afeto esse que abre espaços para o surgimento de inúmeros novos arranjos familiares, inclusive a família constituída através da adoção. E em relação a ele, esclarece Tartuce (2012, online):

De início, para os devidos fins de delimitação conceitual, deve ficar claro que o *afeto não se confunde necessariamente com o amor*. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as *cargas* estão presentes nas relações familiares.

E essa interação ou ligação tratada por Tartuce, denominada por ele de afeto, é o que deve nortear a convivência familiar, bem como sua razão de existir, proporcionando aos membros o sentimento de pertencimento ao grupo no qual se insere, assumindo ele a função de estabilidade familiar, segundo explica Pessanha (2011, p. 2:

Afeto significa sentimento de afeição ou inclinação para alguém, amizade, paixão ou simpatia, portanto é o elemento essencial para a constituição de uma família nos tempos modernos, pois somente com laços de afeto consegue-se manter a estabilidade de uma família que é independente e igualitária com as pessoas, uma vez que não há mais a necessidade de dependência econômica de uma só pessoa.

Dessarte, não é difícil compreender que a força dos novos arranjos familiares provém desse círculo de afeto – e, em especial, quando se opta pela adoção – caminho no qual percorrem seus membros, deixando de lado o significado e o sentido meramente biológicos.

E, na adoção, é mais transparente o visualizar dessa relação, ao passo em que ao escolherem a paternidade – advinda do própria consequência do processo que coloca o adotando na condição de filho, sem distinções com os biológicos – os indivíduos optam por

cuidar e proteger uma vida que até então não está sob seus cuidados, sob sua responsabilidade.

Tanto que a importância da filiação vem expressa no ECA como direito personalíssimo, conquistado através do convívio familiar: Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Portanto, independentemente da forma como se der, devem tanto a criança como o adolescente usufruírem do efetivo exercício do pertencimento a uma unidade familiar, bem como de exercitarem o acesso advindo do direito à filiação.

E sabendo que nem todos terão o privilégio de crescer com seus pais e parentes biológicos, elegeu a adoção como possibilidade de ingresso em âmbito familiar, inclusive sem nenhuma distinção quanto aos filhos, como determinado pelo artigo 2017, §6º da Constituição Federal, em conjunto ao art. 1.596 do Código Civil: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Percebe-se, portanto, a preocupação de deixar clara tal igualdade em razão de que, após ser concluído o processo da adoção, não há que se falar mais em “filho adotivo”, mas somente em filho, visto a lei não permitir brechas para que tal distinção prolifere espaços discriminatórios, o que fica claro conforme estabelecido pelo ECA: “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”

E daí compreende-se melhor a questão do afeto, assumindo, inclusive, uma via de mão dupla: quem adota quer dar amor e carinho ao mesmo tempo em que o adotando quer receber e retribuir, sendo um caminho em que ambas as partes tendem a ganhar. Dessa forma, indubitavelmente, afeto e adoção andam de mãos dadas, e, por meio do diálogo estabelecido entre, é possível tornar efetiva a finalidade para a qual a família se constitui, ou ao menos deveria se constituir: a vivência da solidariedade, algo de que todo ser humano carece.

A ESCOLHA DO PERFIL DO ADOTANDO COMO ÓBICE À ADOÇÃO: POR QUE A “CONTA” NÃO FECHA?

Como assinalado, o conceito de família ao ser relido ao longo dos tempos, tem passado por transformações, inclusive quando analisada a presença dos novos arranjos. E dentre as inúmeras possibilidades, há a que possibilita que um núcleo familiar seja constituído

sem a presença dos filhos.

Entretanto, essa não tem sido a regra. Em razão da própria cultura humana de que os filhos são fundamentais na estrutura familiar, percebe-se que o campo social mantém tal tradição, embora o número desses tenha sido reduzido por várias razões que aqui não cabe estender.

E essa presença da filiação, aliada ao desejo do exercício da paternidade, tem feito com que muitos indivíduos buscassem no instituto da adoção um meio para a concretização de tal vontade. O que se apresenta como uma questão positiva, em partes, se analisado pelo viés do adotando, que ansioso espera por uma família a fim de suprir suas necessidades, bem como suas carências.

Entretanto, há de se analisar tal instituto com cuidado, com ressalvas, especialmente em relação ao modo como acontece o procedimento de escolha quanto ao pretense filho. Sabe-se que, atualmente, é possibilitado aos adotantes definirem algumas das características do perfil do filho que querem ter, como lembrado por algo estranho, que até chega a ser absurdo quando refletido sobre a real finalidade da adoção: dar ao adotando a condição de filho, e aos (ao) adotante (s) a condição de pai (s), pai o mãe. Quanto a essas expectativas, explica Gonçalves (2009, p. 20):

Quando se fala em adoção nos vêm à mente, a imagem de um casal ávido para dar amor, dar um lar para uma criança, para exercer a maternidade/paternidade. Porém, a realidade demonstra que esse casal já tem em mente a figura idealizada de uma linda criança, gordinha, saudável, de preferência recém nascida, ou com poucos meses de vida, do sexo feminino e que tenha alguma característica física parecida com a sua: a cor da pele, dos cabelos, dos olhos.

E isso causa uma certa perplexidade, pois quando a mulher se depara em estado gravídico, não tem ela, nem o pai da criança, a possibilidade para definir quais serão as características físicas ou mentais do bebê que está para chegar. A eles apenas cabe aceitar e esperar pela passagem do período gestacional e receber o novo membro da família, ainda que não venha da forma como “desejado”, comportamento não encontrado, como regra, na adoção. Se à filiação não se permitem distinções – sejam biológicos ou não – por que, então, incentivar a segregação através da institucionalização de escolhas no perfil do adotando?

Quanto à aceitação do filho biológico e à escolha do perfil do adotando, ressaltam Pratella e Welter (2016, p. 8): “A maior parte dos candidatos à adoção, procuram um filho “perfeito”, escolhendo suas características ao preencherem o cadastro, contudo, o filho consanguíneo não é escolhido, podendo este ser menino ou menina, bonito, sadio, perfeito, ou, não.”

Essa é a forma como acontece o vínculo da filiação quando oriundo da natureza

biológica. Não se opta pelo sexo, pela cor dos olhos, pela cor da pele, se será ou não uma criança saudável ou será apresentará algum tipo de anomalia genética ou uma doença crônica. Não se gera um bebê como se constrói um boneco. Havendo, inclusive, possibilidades de que nasça um indivíduo repleto de imperfeições e, nem por isso, deixará de ter a condição de filho, de constituir uma unidade familiar.

O que não é vislumbrado na análise da adoção, embora a finalidade seja a mesma de uma gravidez: estabelecer o vínculo de filiação, bem como o exercício da paternidade/maternidade.

Qual seria, então, a finalidade de manter um cadastro - pautado em interesses subjetivos dos candidatos a pais - sujeitando crianças e adolescente a uma nova rejeição social, em razão de suas características físicas/ mentais, classificando-os como “perfeitos ou imperfeitos” aos olhos de quem os pretende chamar de filhos?

Muitos irão argumentar que essa possibilidade de escolha do perfil é para que os pais tenham maior segurança, pleiteando por crianças que atendam as suas expectativas, bem como sejam semelhantes as suas características. O que foge à ideia da adoção, completamente, e dá brechas à disseminação de preconceitos, fazendo com que o instituto seja reforçado por um viés discriminatório, oposto de sua finalidade precípua que é a inclusão do menor em seio familiar. O que Fonsêca e Santos, (2009, p. 304), explicam:

Enquanto que, para muitos pretendentes, a adoção significa a escolha de uma criança cujo perfil foi traçado quando estes se cadastraram para a adoção, para a criança, por sua vez, essa seria a oportunidade de ter uma família, de superar os traumas do abandono ou, se for o caso, dos anos vividos em uma instituição.

E que, no mesmo sentido é alertado por Anastácio (2010, p. 8), como uma brecha à segregação:

Permitir a seleção do adotando de acordo com os desejos do pretendente faz surgir, ainda, a segregação de crianças e adolescentes. De um lado o adotando que se enquadra nas expectativas do adotante terá oportunidade de ser inserido em família substituta e crescerá acalentado por esse núcleo. De outro, o adotando não preferido, o qual, lamentavelmente, por não atender às expectativas do adotante, crescerá sem o amparo de uma família.

Uma outra absurda e possível justificativa para tal escolha de perfil se relaciona ao fato de quererem os pais adotivos ocultar do filho a condição de adotado, argumento que a semelhança física entre eles seria crucial para isso. O que também cai por terra, tendo vista o disposto no ECA, expressamente, que o adotando poderá ter acesso ao processo, tendo direito de conhecer sua origem biológica:

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

Desse modo, apresenta-se como incompreensível a concepção que alguns pais têm quanto à ocultação do estado de adoção do qual resulta o filho. Isso porque tem o menor o direito de conhecer sua história, sendo inconcebível a omissão desta.

Outro ponto relevante, e que não pode, aqui, deixar de ser mencionado é o referente aos interesses do menor, a colocá-los, em segurança, em uma família substituta, a fim de que se torne efetivo o direito de acesso a uma unidade familiar, considerada pela Constituição Federal como base do Estado.

Esse é ponto: a adoção como primado à satisfação do interesse do menor. E não o inverso: visando aos interesses do adotante. E em razão disso, dentre os outros motivos aqui explanados, percebe-se que o Cadastro Nacional de Adoção, como é aplicado hoje, encontra-se numa condição promotora de exclusão, direcionado a atender aos interesses do que se propõem a serem pais, desde que atendidos as suas vontades e escolhas, como observa Gonçalves (2009, p. 21) ao confrontar a expectativa do adotante com a realidade do adotando, o que torna o processo de adoção ainda mais prolongado e mais doloroso ao menor.

Assim, muito se fala na demora da adoção, nas enormes filas, na imensa quantidade de crianças nos abrigos. O que, no entanto, não se fala, é que muitas pessoas ficam aguardando a criança “perfeita” e acabam desistindo de adotar a criança feia, doente, deficiente que lá está, esperando ansiosamente pela oportunidade de receber amor, carinho, proteção. De ter a chance de ter uma família, de ter uma vida digna, alegre e feliz, conforme garante nossa Constituição.

E isso vai de encontro ao que propõe o Estatuto, pois não se pretende com o instituto gerar ainda mais segregações ente indivíduos já tão marginalizados pela própria história de vida, bem como por suas famílias naturais. Mas, pretende-se estabelecer, por meio do vínculo sócio-afetivo, uma possibilidade de recomeço ao menor, pautada no respeito, na valorização, na proteção integral, fatores conquistados muito além de um relacionamento genético. Quanto a isso, explica Goulart (2014, on-line)

A filiação sócio-afetiva pode ser considerada como aquela que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento de mão dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. Desse modo, apresenta-se o critério sócio-afetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira desbiologização da filiação, fazendo com que o vínculo paterno filial não esteja aprisionado somente na transmissão de gens.

Entretanto, na prática, a realidade tem se destoadado das finalidades para as quais a adoção é concebida, tanto que em consulta ao Cadastro Nacional de Adoção, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, é possível notar, claramente, que o número de pessoas

interessadas em adotar é grandemente superior ao número de crianças e adolescentes à espera de uma família.

E isso com explicações expressas contidas em seus relatórios, demonstrando que a exigência por um perfil de filho “idealizado”, desfavorece aqueles que não se encaixam nos padrões estabelecidos pelos pretensos pais. Dados considerados preocupantes, tendo em vista que a finalidade maior da adoção é encontrar uma família que deseje dar apoio, cuidado e afeto a um indivíduo em condição de abandono, nada mais do que isso.

E a conta não fecha, e com números muito altos e discrepantes. Conforme o Cadastro Nacional há, até o mês de maio deste ano, 39. 718 pessoas cadastradas como interessadas a adotarem. Sendo que o número de indivíduos aguardando para serem adotados somam um total de 7.643 crianças e adolescentes. Como visto, um número imensamente maior de adotantes do que adotandos, e mesmo assim, os números não fecham.

Isso porque ao receberem a equipe multidisciplinar – a qual tem a incumbência de verificar as condições dos pretendentes e avaliar caso a caso – têm os adotantes a possibilidade de elencar quais as características que desejam que seus filhos possuam – algo discriminatório, se pensado sobre o viés da dignidade humana, que aqui resta afastada, como ressalta Amin (2007, p. 242):

Atualmente, a pessoa ou casal que se cadastra em um juizado com interesse em adotar legalmente uma criança ou adolescente tem a possibilidade de, ao preencher o Cadastro de Adoção, escolher algumas características da criança ou adolescente que deseja adotar, como sexo, cor de pele, idade e aspectos de saúde.

E dentro desses perfis considerados como os mais convenientes, destacam-se as seguintes características: Somente 50,2% dos inscritos declaram aceitar um adotando com a cor de pele negra. Dado alarmante pelo ponto de vista do racismo disfarçado, entre outras razões, e pelo fato de que somente 33,90% dos adotandos são brancos, sendo que, em relação a eles, o aceite é de 92,33%. Em relação à idade, a demanda se dá por crianças de até dois anos, o que corresponde a 32,92% dos cadastrados, sendo esse um das maiores preocupações, pois quanto mais velhos ficam os adotandos, maiores são as chances de não serem escolhidos.

Informações que causam perturbação tendo em vista as finalidades de uma família e o significado de optar por ter um filho. Entretanto, demonstram os dados que o vínculo afetivo é afastado em prol de garantia de interesses direcionados à pseudo satisfação de ter um filho “perfeito”, como ressaltado e criticado por Anastácio (2010, p, 7)

Como se sabe, ao gerar um filho biológico é impossível que os genitores manifestem suas preferências físicas e mentais sobre a criança que irá nascer. Só é possível ter certeza de que o filho será um recém-nascido e que sua etnia será idêntica à dos ascendentes. Sexo, eventuais problemas de saúde, cor dos olhos e demais peculiaridades biológicas não poderão ser programadas.

Um outro fator que prolonga a espera e contribui para as rejeições, é a questão dos irmãos. Determina o ECA que, como regra, sejam mantidos os vínculos fraternais advindos da irmandade. O que, sem dúvidas, seria mais viável, pois além da readaptação em um novo ambiente familiar, a separação dos irmãos poderia causar ainda mais dor, vulnerabilidade e dor. Contudo, esse fator esbarra, novamente, nos interesses dos inscritos a adotar.

Hodiernamente, 60,94% dos indivíduos adotandos possuem irmãos na mesma condição. Em razão desse alto número, foi necessária a criação de um mecanismo legal específico para atender a essa realidade. Trata-se da Lei 12.010/2009, que alterou o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, e priorizou os laços afetivos entre os grupos de irmãos. Dessa forma, somente em casos excepcionais, será permitido o desfecho da situação de forma diversa. E isso para tornar efetiva a convivência entre os irmãos, algo essencial ao desenvolvimento do menor, conforme explica Digiácomo (2016, p. 39):

A separação de irmãos, especialmente quando já possuem uma certa idade, deve ser sempre evitada, pois pode trazer sérios traumas emocionais para ambos (especialmente se possuem fortes vínculos fraternais, sendo um, não raro, a única referência familiar do outro), que talvez jamais sejam superados.

Entretanto, grande parte dos inscritos para adotarem, em sua maioria, não desejam mais do que um filho, conforme os dados apresentados, esse número alcança os 66,97%. E, ainda, nos casos de irmãos gêmeos, os indivíduos dispostos a aceitarem ambos é, demasiadamente, pequeno. Somente 31,05% afirmam acolher os gêmeos, garantindo sua permanência na mesma família. O que leva à reflexão se tais alterações legais são, de fato, mais efetivas para os adotandos, quando considerado que o fator “ter irmãos” pode, na prática, atrasar sua inclusão em família substituta.

Um outro dado importante, e que faz refletir quanto aos critérios de escolha – diga-se, aqui, de modo muito negativo – é o relacionado aos casos de crianças e adolescente portadores de necessidades especiais, ou que possuem doenças crônicas. Nesse caso, a rejeição quanto a esses indivíduos apresenta-se, ainda, mais acentuada. Quanto a isso, relacionando ao fator “demora no processo”, explica Gonçalves (2009, p. 21):

Assim, muito se fala na demora da adoção, nas enormes filas, na imensa quantidade de crianças nos abrigos. O que, no entanto, não se fala, é que muitas pessoas ficam aguardando a criança “perfeita” e acabam desistindo de adotar a criança feia, doente, deficiente que lá está, esperando ansiosamente pela oportunidade de receber amor, carinho, proteção. De ter a chance de ter uma família, de ter uma vida digna, alegre e feliz, conforme garante nossa Constituição.

O que também não pode ser considerada como uma atitude “normal” de quem se propõe a exercer a paternidade, visto que, na primeira oportunidade já afasta a chance de ter

um filho doente ou que necessite de cuidados especiais. Afinal, pais que são pais recebem seus filhos como eles forem, aceitam com as características e imperfeições que, ocasionalmente, puderem ter ou desenvolver. O que, infelizmente, não se nota nos adotantes, pessoas idealizadoras de um ideal de filho existente somente em suas concepções, destoando-se da realidade descrita por Gonçalves (2009, p. 20-21):

Na realidade o casal quando chega ao abrigo acaba se deparando com crianças reais. Ou seja, crianças, feias, malcriadas, crescidas, uma vez que as mais novas vão embora, enquanto as mais velhas acabam ficando. Crianças com problemas de saúde, (desnutridas, com doenças cardio-respiratórias, cegas, surdas, mudas). Crianças com problemas físicos (paraplegia, tetraplegia, falta de alguma parte do corpo, como um braço, por exemplo). Crianças com problemas mentais (síndromes, retardo, paralisia cerebral, neuróticas, psicóticas, deprimidas, esquizofrênicas). Enfim, tais crianças acabam sendo consideradas crianças inadotáveis, pois, apresentam algum tipo de “defeito” que faz com que ninguém as queira, com que sejam duplamente rejeitadas. Primeiro por seus pais biológicos, segundo pelos candidatos a pais adotantes.

Dessarte, a situação quanto a tais adotados é, demasiadamente, mais preocupante. Segundo o CNJ, apenas 5, 52% dos adotantes se disponibilizam a receber adotandos com deficiência física e 2,96% se propõem a aceitar adotandos com deficiência mental. Em relação aos adotandos, 8,58% deles apresentam deficiência mental e 3,72% deficiência física. Sendo, pois, mais crianças e adolescentes nas filas do que adotantes inscritos para tal grupo.

E ainda outros casos, tais como: dos portadores do vírus de HIV, outras modalidades de doenças detectadas e os casos em que não foram diagnosticadas nenhuma doença no ato do cadastro. Quanto a esse último caso, chegando a um total de 80,39% dos adotandos, ao passo em que o número de pretendentes que aceitariam filhos com outros tipos de doenças detectadas é de apenas 31, 96% dos inscritos.

Sendo tal fator demasiadamente preocupante, cuidou o legislador de especificar, em uma legislação própria, a celeridade para a tramitação do processo de adoção quando envolver indivíduo portador de necessidade especial, bem como nos casos de doença crônica, em razão de sua maior condição de vulnerabilidade. E em 2014, foi sancionada, pela presidenta da República, a Lei 12955, alterando o art. 47, §9º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual dispôs sobre o assunto.

Mas, diante desse cenário em que as opções dos pretendentes tem falado mais alto do que os interesses do menor, há que se ressaltar que, quanto ao sexo do adotando, houve um certo progresso, ainda que bem tímido. De acordo com o divulgado pelo CNJ, a maior parte dos candidatos à adoção declaram ser indiferente tal fator. Atualmente, conforme os relatórios, 63,29% dos adotandos afirmaram não ter preferência quanto ao sexo do futuro filho, sendo que a maioria das crianças e dos adolescente são do gênero masculino, 55, 58%.

Como se percebe - após brevemente terem sido analisadas algumas informações divulgadas através dos relatórios do CNJ - essa possibilidade de escolha do perfil, contribui muito mais com atrasos do que favorece à celeridade do processo. Facilitando em mais situações de exclusões do que inclusões, prejudicando, pois, o menor quanto ao direito de acesso à família, grupo fundamental para seu desenvolvimento humano, finalidade precípua da adoção.

REPENSANDO SOBRE OS CRITÉRIOS PARA A ESCOLHA DO PERFIL DO ADOTANDO: O AFETO SOBREPOSTO AOS INTERESSES DO ADOTANTE

Como restou claro nas breves explanações acima, o instituto da adoção tem como característica e fundamento principal a colocação do menor em família substituta, diante dos casos de impossibilidade de serem mantidos junto a sua família natural. E isso tudo permeado pelo desdobramento do afeto, o qual deve permanecer à frente de qualquer interesse capaz de direcionar às vontades dos adotantes.

Apresentados os dados mais recentes pela divulgação dos relatórios fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, não é de tanta complexidade perceber que a escolha do perfil do adotando causa entraves da concretização e efetivação do instituto, em razão de que o conflito entre expectativas e realidade inicia-se já no começo do processo.

E desse “choque”, surgem os anseios, inseguranças – por falta de informação e preparo - e chega-se à conclusão de quantos desejos e anseios dos adotantes – exteriorizados pela possibilidade de escolha - ferem a própria finalidade do instituto, dependendo o menor da vontade do adotante, como explicado por Anastácio (2010, p. 5)

É aí que desponta uma das controvérsias da adoção. Na teoria, a ideia é buscar uma família para a criança ou adolescente disponível à adoção e não o contrário. Seguindo essa orientação, talvez devesse o adotando escolher a família ideal para adotá-lo, no entanto é o pretendente quem manifesta suas preferências e é quando se encontra uma criança ou adolescente que se enquadra nas suas expectativas que se efetiva a adoção. Logo, o tempo de espera pelo adotando dependerá das expectativas anotadas no cadastro pelo pretendente.

Desse modo, necessário é refletir se tal possibilidade de escolha favorece - de fato – de alguma forma a celeridade do processo, ou se torna a questão ainda mais prolongada, quando os candidatos não conseguem encontrar, nos menores disponíveis, o perfil considerado para eles como “ideal”.

Conforme os dados apresentados, não restam dúvidas de que quanto mais espaço é destinado às vontades dos adotantes, mais doloroso e demorado torna-se o percurso àqueles que deveriam ser o centro das preocupações, o que é facilmente comprovado com os números

altamente superiores de interessados a adotarem, muito maior do que os que aguardam por uma família.

Isso porque quem adota deve ter em mente que receberá um indivíduo que não é seu. Que não conterà suas características físicas, que – a depender do caso – poderá trazer uma bagagem cultural advinda de sua pouca idade e das condições em que viveu até ali, e que era uma história – sim sua vida não se inicia com a sentença da adoção – a qual, inclusive, possui o direito de conhecer. Porém, segundo Anastácio (2010, p. 6), o perfil real não atende ao esperado:

Verifica-se, portanto, que o perfil das crianças e dos adolescentes disponíveis para adoção não condiz com os anseios dos adotantes, logo a grande maioria das crianças e adolescentes institucionalizados continuarão nos abrigos, provavelmente até atingirem a maioridade, não usufruindo o direito à convivência familiar.

Mas, ao se dispor a adotar alguém, deve ficar claro que o vínculo oriundo desse ato jurídico, dará ao menor a condição de filho, e os atributos advindos da filiação elencam o afeto acima de qualquer outra vontade. Tudo para das proteção e assegurar ao adotando o exercício pleno de uma vida em família, considerado como direito fundamental, intrínseco ao ser humano, pois.

E como é visado o interesse do menor, não cabe ao procedimento atender a interesses do adotando. Afinal, este opta pela adoção. Já o adotando não tem escolha, é fruto de uma condição que o expõe a essa realidade, encontrando no instituto uma saída para o entrave no qual a vida o colocou. Sendo, dessa forma, interesses opostos.

O que não pode permitir que exista um favorecimento ao adotante como incentivo à adoção, ao passo em o Cadastro, hoje, da maneira como acontece, causa mais exclusões do que inclusões, indo de encontro ao menor e ao encontro de pessoas que veem no instituto uma maneira de satisfação pessoal. Tanto que Medeiros (2015, on-line) explica a adoção relacionada à reciprocidade, princípio indissociável à família: “Entende-se portanto, por adoção, como um ato jurídico pelo qual se criam relações semelhantes à filiação biológica ou consanguínea, fazendo com que o adotado tenha direitos e deveres recíprocos.” E desse vínculo, chega-se ao sentido da filiação, como explica Anastácio (2010, p. 11):

E tomar como filho uma criança ou um adolescente, independentemente de idade, sexo ou etnia, é o verdadeiro sinônimo de filiação. Pode representar gesto muito mais sublime do que a procriação. Revela um ato de amor tão maior que esses genitores poderiam afirmar com convicção que, além de respeito e amor pelo filho, ainda lhe reservaram um futuro absolutamente oposto daquele que a vida os havia condenado.

Desse modo, adotar é ser pai, é ser pai, é ser filho, é coisa séria. Tanto quanto uma gravidez, e assim deve ser tratada, assim precisa ser olhada e encarada. Sendo que todos os

caminhos que levam a um percurso diferente do da finalidade da família e do afeto, não cabem no propósito da adoção.

Essa deve ser evitada do vínculo afetivo, bem como qualquer outra forma de arranjo familiar. Vínculo esse que é conquistado, construído, independentemente do meio pelo qual venha a ser constituído. O que se assemelha, inclusive, ao defendido por Badinter (1985) quando trata do mito do amor materno, sentimento construído, conforme as circunstâncias, a cultura, a história, bem como a própria sociedade; não diferente à própria concepção de amor familiar.

Tanto que ao relacionar a família a essa obra, chega-se à conclusão de que o sentimento do afeto também é construído, também chega à família substituta, de modo que não faz sentido definir o afeto por um filho pautando-se, pura e simplesmente, pelo perfil idealizado de alguém adstrito à realidade dos que esperam.

Dessa forma, percebe-se que é necessário refletir sobre meios alternativos para a conscientização dos adotantes, de modo que abandonem a concepção tradicional de família perfeita, com filhos moldados segundo os seus interesses. Mas que seja repensada sobre a própria estrutura da adoção, frisando seu caráter humanitário, bem como seu patamar de instituição familiar. Quanto a isso, explica Goulart (2014, on-line):

As legislações que regem a adoção primam pelo respeito à criança e ao adolescente, dispendo sobre a proteção integral, considerando-os como pessoas em desenvolvimento e elevando o status do melhor interesse a eles aplicados. Mas apenas isso não basta. Há muito que ser mudado no contexto social e cultural brasileiro, principalmente no que se refere ao menor que se encontra na fila de adoção e não se enquadra no perfil exigido pelos pretendentes, pois essas crianças e esses adolescentes estão sendo privados do convívio familiar em razão do perfil físico e mental, verificando-se evidente afronta ao princípio da dignidade humana.

Desse modo, precisa ser direcionado um trabalho voltado à conscientização dos pretendentes, pondo à mesa que o sucesso e a felicidade advindas da adoção independem do perfil do menor adotado, isso porque o afeto será o carro – chefe da relação, e não as características físicas ou mentais do indivíduo.

E isso pode ser feito através de uma equipe preparada para lidar com as diferenças e necessidade de cada caso concreto, prestando aconselhamentos e orientando os adotantes quanto ao mundo da adoção, suas peculiaridades e finalidades, desconstruindo a pseudo ideia de família perfeita, ocultadora de tabus. Quanto a isso, ressalta Amin (2007, p.244)

A escolha das características do filho adotivo é processo que, em razão de questões históricas ligadas aos ideais de família, exige pensar considerando estereótipos e preconceitos, podendo as pesquisas contribuir para questionar preconceitos e concepções tradicionais referentes ao tema. Os dados obtidos fornecem elementos para planejar perspectivas de atuação profissional, em especial para psicólogos judiciários que trabalhem com postulantes à adoção. Além de avaliação psicológica,

o trabalho com os futuros pais adotivos deve ser de preparo e orientação, no sentido de dar suporte ao grupo familiar, de orientá-lo quanto ao processo de adoção e, principalmente, de abrir espaço para a discussão dos tabus que envolvem a adoção.

Da mesma ideia, baseada na conscientização, concorda Anastácio (2010, p. 10)

Assistido por profissionais competentes, o pretendente seria orientado sobre o conceito de adoção, sendo-lhe explicado o significado de uma família para o adotando institucionalizado e a realidade das crianças e adolescentes disponíveis à adoção, de modo que o pretendente teria conhecimento de quem são as crianças e os adolescentes disponíveis à adoção.

E quanto à tais desconstruções, percebe-se a urgência para tratar do assunto, de modo que não seja a adoção espaço disseminador para preconceitos e estigmas, mas instrumento para efetivação de direitos em campo social, tendo como fatores preponderantes a justiça, a solidariedade e a dignidade humana. Quanto a isso, ressaltam Pratella e Welter (2016, p. 14):

Assim, para se ter uma sociedade justa, solidária, democrática, fraterna e livre, seus cidadãos não devem mais permitir discriminações e preconceitos. Porém, enquanto tais circunstâncias continuarem a ocorrer, de nada adiantará lei tornando mais céleres os processos de adoção.

E daí a urgência em conscientizar sobre o assunto, em ultrapassar as barreiras impulsionadoras das escolhas “perfeitas”, cedendo lugar para a realidade a que se curva a adoção. O que é defendido por Anastácio (2010, p. 13):

Com a conscientização do adotante e a eliminação da oportunidade de escolher o adotando por sua aparência física e capacidade mental, além de se respeitar a condição humana da criança e do adolescente, priorizam-se os laços de amor entre pais e filhos que não são baseados em modelos físicos ou mentais, mas, formam-se a partir das relações cotidianas, da afinidade, dos gestos e dos sentimentos. Importante o pretendente a compreender que a adoção não é só um ato jurídico, mas, precipuamente, um comprometimento, a satisfação do desejo de acolher um filho, acalentando aquele que anseia por uma família.

Dessa forma, uma saída seria reformular o cadastro de adoção, extinguindo a possibilidade de escolha do perfil do adotando, e, conjuntamente, promovendo um trabalho voltado aos interessados em exercer a paternidade, como explica Anastácio (2010, p.10)

Para reformular essa conjuntura, vislumbra-se que uma medida a ser tomada seria a subtração da escolha do adotando por suas características físicas e mentais. Isso significaria reconhecer, efetivamente, a criança e o adolescente como pessoas detentoras de dignidade humana, coibindo que estes sujeitos de direito permaneçam sendo um meio de satisfação dos desejos do pretendente à adoção e garantindo-lhes seu direito fundamental ao convívio familiar.

Por óbvio que esse caminho será longo, complexo e demorado, ao passo em que será necessário um desconstrução ao que muitos ainda acreditam e defendem ser a família, e isso vai além de uma questão meramente jurídica, mas social, cultural, histórica. Não se trata, aqui, de simplesmente impor essa alteração aos pretendentes, mas de instruí-los acerca dela e do quanto isso seria positivo aos adotandos, maiores interessados.

Contudo, o primeiro passo dever ser dado, sempre é preciso iniciar. E essa reflexão já

possui todo o aparato legal e principiológico advindos do ECA, e da base constitucional, o qual faz do Brasil um país reconhecido em âmbito internacional como detentor de uma das legislações mais modernas do mundo quanto aos direitos do menor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se com essa breve reflexão, repensar sobre a finalidade precípua do instituto da adoção e a forma com que ele tem sido efetivado, especialmente no que tange à possibilidade de escolha do perfil do adotante pelo adotante.

Apontamentos necessários tendo em vista que o indivíduo que se inscreve como candidato a adotar, deve ter em mente que receberá um filho, passível de imperfeições como seria com um biológico.

Entretanto, infelizmente, a família substituta procura por um perfil idealizado, sendo, muitas vezes, incompatível à realidade dos adotandos que se encontram nas filas à espera de um lar. Sendo que isso tem sido estimulado pelo próprio procedimento da adoção, ao permitir que os interessados, ao se inscreverem, optem pelo perfil do filho que desejam ter, incentivando rejeições daqueles que não se encaixam no perfil desejado.

Importante frisar que não se pretendeu esgotar o assunto, tampouco apontar que o procedimento, da forma como acontece, é totalmente errado. Mas a reflexão faz-se pertinente ao passo em que se preza, com o instituto, à recolocação do indivíduo em família substituta, a fim de efetivar o direito de acesso ao afeto, essencial ao desenvolvimento do menor.

REFERÊNCIAS

AMIN, Isabela Dias. MENANDRO, Paulo Rogério Meira. Preferências por Características do Futuro Filho Adotivo Manifestadas por Pretendentes à Adoção. Disponível em: <file:///C:/Users/Digital%20Planet%20Infor/Downloads/7653-37517-1-PB.pdf>. Acesso em 04 de junho de 2017.

ANASTÁCIO, Andressa. ORSELLI, Helena de Azeredo. Adoção: a Possibilidade de Escolha das Características do Adotando no Processo de Adoção – Análise a Partir dos Fundamentos Constitucionais. Disponível em: <http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/adocao.pdf>. Acesso em 04 de junho de 2017.

BADINTER, Elizabeth. UM AMOR CONQUISTADO: O MITO DO AMOR MATERNO. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1985. Disponível em [http://www.redeblh.fiocruz.br/media/livrodigital%20\(pdf\)%20\(rev\).pdf](http://www.redeblh.fiocruz.br/media/livrodigital%20(pdf)%20(rev).pdf). Acesso em 04 de junho de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos**

fundamentais e a construção do novo modelo. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOARINI, Maria Lúcia. **Refletindo sobre a nova e velha família.** *Psicol. estud.*, Maringá, v. 8, n. spe, p. 1-2, 2003. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722003000300001&lng=en&nrm=iso>.accesson 15 May 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-73722003000300001>.

_____. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 QUE INSTITUI O CÓDIGO CIVIL.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em 21 de maio de 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 18 de maio de 2017.

_____. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Acesso em 21 de maio de 2017.

_____. **Lei 12.010 de 03 de julho de 2009. Dispõe sobre a adoção.** Disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm&gws_rd=cr&ei=VMoqWZXGBca2wATln7-YAw Acesso em 28 de maio de 2017.

_____. **Lei 12.955 de 05 de fevereiro de 2017. Acrescenta § 9º ao art. 47 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer prioridade de tramitação aos processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12955.htm Acesso em 28 de maio de 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO – RELATÓRIO DE PRETENDENTES.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> Acesso em 28 de maio de 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO – RELATÓRIO DE CRIANÇAS.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> . Acesso em 28 de maio de 2017.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. **A FAMÍLIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.** *Revista Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 17, p. 181 - 204, abr. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/239>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil. Volume 6. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional.** 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOULART, Leandro Henrique Simões. GUERRA, Edina Alves. **ADOÇÃO NO BRASIL E A ESCOLHA DO PERFIL DO ADOTADO: UMA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**. Disponível em <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=79> Acesso em 4 de junho de 2017.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaio da Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2005.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **NOVAS MODALIDADES DE FAMÍLIA NA PÓS – MODERNIDADE**. Disponível em file:///C:/Users/Digital%20Planet%20Infor/Downloads/TESE_COMPLETA_PDF_ADRIANA.pdf Acesso em 15 de maio de 2017.

MARIANO, Ana Beatriz Paraná. **As mudanças no modelo familiar tradicional e o afeto como pilar de sustentação destas novas entidades familiares**. Disponível em <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/ana-beatriz-parana-mariano.pdf> Acesso em 15 de maio de 2017.

MEDEIROS, Amanda. O instituto da adoção no Brasil – aspectos gerais. Disponível em: <https://amandamedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/255050991/o-instituto-da-adocao-no-brasil-aspectos-gerais> Acesso em 04 de junho de 2017.

PADILHA, Elisângela. **A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES**. Revista Direitos Fundamentais e Justiça. Porto Alegre – RS, ANO 9, Nº 33, P. 166-184, OUT./DEZ. 2015. ISSN 1982-1921. Disponível em: <<http://www.dfj.inf.br/sumarios2.php> Acesso em 21 de maio de 2017

PESSANHA, Jackelline Fraga. **A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL PARA A ESTRUTURAÇÃO FAMILIAR**. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf Acesso em 23 de maio de 2017.

RIVA, Léia Comar. **AUTORIDADE PARENTAL: DIREITO DE FAMÍLIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, [S.l.], v. 61, n. 1, p. 273 – 295, abr. 2016. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/41896/27895>>. Acesso em: 10 junho. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaio da Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2005.

SOUZA, Thiago Serrano Pinheiro de. O DIREITO AO AFETO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE. Revista da Faculdade de Direito UFPR, [S.l.], v. 54, dez. 2011. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30732>>. Acesso em 10 de junho de 2017.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em

<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia> Acesso em 23 de maio de 2017.

DAS DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS COMO FATOR DE MANUTENÇÃO DO REGIME DEMOCRÁTICO

Mariana Cereza ZAGO¹
Gisele Carversan Beltrami MARCATO²

RESUMO

O presente trabalho possui o objetivo primordial de propor uma análise expositiva da conjuntura que envolve a democracia. No primeiro momento foram expostas algumas noções básicas e esclarecedoras sobre democracia, a partir de conceituações, características fundamentais e sua origem histórica. Adiante, foram apresentadas as cinco teorias da democracia, tratadas em dois grupos: em teorias de ordem substantivas; sendo então o Liberalismo, Igualitarismo Liberal e Igualitarismo, e as teorias de ordem adjetivas ou chamadas também de meta-teorias da democracia, denominadas em Democracia Agregadora e Democracia Deliberativa. A parte final da presente pesquisa tem como objetivo a discussão de questões atinentes ao papel do Poder Judiciário na proteção das minorias e a função de decisões contramajoritárias como mantenedoras da democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Teorias. Poder Judiciário. Decisões Contramajoritárias.

ABSTRACT

The present work has the primary objective of proposing an expositive analysis of the conjuncture that involves democracy. In the first moment some basic and illuminating notions about democracy were exposed, starting from conceptualizations, fundamental characteristics and their historical origin. Next, the five theories of democracy were presented, treated in two groups: in substantive theories; Liberalism, Liberal Equalitarianism and Equalitarianism, and the theories of adjective order or also called meta-theories of democracy, denominated in Aggregating Democracy and Deliberative Democracy. The final part of this research has the objective of discussing issues related to the role of the Judiciary in the protection of minorities and the role of countermajority decisions as maintainers of democracy.

KEY-WORDS: Democracy. Theories. Judicial court. Countermajority decisions.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou trazer as cinco teorias da democracia para realização de uma análise no tocante à suas semelhanças e diferenças ao modo de aplicação, tempo, momento histórico, princípios e ideais defendidos por cada uma delas, para tanto foi utilizado o método dedutivo.

A pesquisa enfocou primeiramente em estabelecer uma introdução ao estudo da

1 Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

2 Mestre em Ciências Jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, na linha de pesquisa: “Estado e Responsabilidade – questões críticas. Especialista em Direito Civil, Processo Civil, Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Docente do curso de Direito do Centro Universitário desta Instituição de Ensino Superior.

democracia, explanando de maneira sucinta e clara definições sobre o termo e ideias que a democracia traz (indo além de ser somente uma forma de governo exercido pelo povo, se mostrando como o verdadeiro significado de Estado Democrático de Direito), para que se possa passar ao estudo das teorias, que é o real propósito deste trabalho.

O primeiro tópico em que está cindido esse trabalho, se destinou a abordar a primeira teoria da democracia, o chamado Liberalismo. Ao pensar o Liberalismo, é importante destacar seu início no século XVII com o filósofo John Locke na Inglaterra, e logo em seguida no século XVIII a importante contribuição do também filósofo Adam Smith; estes lançaram as vertentes do liberalismo sob a ótica política e econômica. Essa teoria defende o direito que todos nós (cidadãos) possuímos de liberdade, pois na democracia como modelo, as pessoas são livres para fazerem suas próprias escolhas. Não obstante, este trabalho buscou também abordar como o Estado dá sua regulamentação, uma vez em que, se o Estado não se mostrar presente caminhamos para uma situação de desordem (crise).

No segundo tópico, a respeito da teoria do Igualitarismo Liberal, nos principais expoentes encontram-se a filosofia de Dworkin e Rawls. As ideias de igualdade e de liberdade não são entendidas como opostos, mas sim como complementares. Para Dworkin as desigualdades entre os indivíduos em sociedade podem existir se, e somente se, forem resultados das escolhas desses próprios indivíduos. Já para Rawls, as desigualdades têm caráter utilitarista para alcançar uma convivência mais justa nesta sociedade em questão.

Já no terceiro tópico desta pesquisa, em se tratando de Igualitarismo, na mesma linha de estudo das teorias anteriores, buscou-se apresentar suas principais premissas de defesa. Esta divide a sociedade em um sistema de classes, que assim, desencadeiam em desigualdades, mas que para reverter essa situação os indivíduos devam buscar a igualdade e os direitos de oportunidades entre seus semelhantes. A teoria do Igualitarismo sob o viés democrático apresenta duas vertentes; a igualdade formal e igualdade material ou substancial, que foi abordada de maneira detalhada em tópico específico, assim como, o estabelecimento das diferenças entre os termos de equidade e igualdade.

No quarto tópico, que tratou da Democracia Agregadora iniciou o estudo do grupo das teorias adjetivas da democracia, classificação essa feita pelo professor Fernando de Brito Alves. Ela tem como traço fundamental a razão de ser, no qual o indivíduo (singular) se sobrepõe ao coletivo, pois pode se expressar de maneira clara através do exercício do voto para eleger o grupo de representantes.

E por fim, o derradeiro tópico encerrou as teorias da democracia abordando a Democracia Deliberativa, encarada como forma de exercício da democracia participativa, que

é a mais comum nos dias atuais, pois se utiliza da participação pública de todos nas tomadas de decisões através do modelo de deliberação (que significa debate, discussão). Ela preza pela aproximação das pessoas nos assuntos políticos públicos, na medida em que desperta interesses.

Assim, de acordo com o que estamos vivendo hoje no Brasil em termos de representação política (crise) de insatisfação com a direção dos poderes, se faz extremamente necessária uma análise, no sentido de reflexão por cada um de nós cidadãos, para que se possa verificar possíveis soluções que reverterão esse cenário. Essa pesquisa inicia um momento de reflexão, indo na origem do regime democrático analisando as cinco teorias da democracia e suas principais ideias que são de extrema importância.

Dá ideia de insatisfação parte-se para à análise do Princípio da Separação de Poderes originado por Montesquieu e a sua aplicação em países de modernidade tardia, mais propriamente dito o Brasil e sua atual crise política que culminou relacionamento não harmônico entre os Poderes e a função desempenhada por cada um deles. Daí a questão crítica: Há relação harmônica entre os Poderes na contemporaneidade? Cumpre ao Poder Judiciário proteger às minorias e dar a última palavra em matérias polêmicas e de cunho social? E quando age dessa forma usurpa funções e poderes que não lhes é atribuído constitucionalmente? Vivemos a politização do Poder Judiciário?

A pesquisa teve como referencial teórico Fernando de Brito Alves, por meio de sua obra “Constituição e Participação Popular” que serviu de sustentação para pesquisa bibliográfica e histórica acerca da democracia, Robert Alexy, Ronald Dworkin, John Rawls e Gustavo Zagrebelsky, entre outros clássicos e contemporâneos, assim se mesclou a pesquisa bibliográfica.

O método de pesquisa partiu da análise histórica para análises de premissas menores com o intuito de se concluir como premissa maior as proposições acima descritas.

O objetivo geral foi analisar a origem e os alicerces da democracia e a separação de poderes no Estado Democrático de Direito. Tendo como objetivo específico a conclusão acerca do papel do Poder Judiciário nesse contexto, especificamente, como órgão de proteção das minorias, detendo o monopólio da “última palavra”. Enfrentando a problematização acerca da violação ao não do princípio da separação de poderes.

2 TEORIAS DA DEMOCRACIA

A princípio, para um melhor e aproveitável entendimento das cinco teorias da democracia, é preciso fixar conceitos e delimitações explicativas sobre a origem e, acepção da

palavra *democracia*.

Partindo da premissa de Abraham Lincoln, segundo ele, é o “governo do povo, pelo povo, para o povo” (GOUVEIA, 2013, s.p), mas isso não é tudo, a democracia está muito além de uma forma de governo no mundo onde o poder político é exercido pelo povo (diferenciando-se da forma aristocrática e, da monarquia, por exemplo). Segundo José Gomes Canotilho (2003) apud Fernando de Brito Alves (2013, p. 37) democracia vai muito mais além do que um método ou técnica de eleição e destituição pacífica dos governantes pelos governados, ela é um impulso dirigente, que, no contexto constitucional, significa sempre democratização da democracia.

Ao analisar nossa história constitucional podem-se vislumbrar traços de democracia por toda história, através das intensas lutas para enfim, adotarmos como direito, um sistema de organização política avançada, como é a democracia. Por democracia entende-se que é a verdadeira essência; o real significado que está por trás do Estado Democrático de Direito que, desde a promulgação da nossa Constituição Federal no ano de 1988 vivemos no Brasil.

No sentido de conceituar democracia, o Professor Fernando de Brito Alves (2013, p. 21) vai muito mais além, para ele democracia é sobretudo, uma filosofia:

Sempre partindo do pressuposto de que a democracia não pode ser compreendida como um mero regime de governo, ou como uma teoria eleitoral da verdade, mas como uma “filosofia, um modo de viver, uma religião.

No que tange ao momento histórico – origem – a democracia se deu primeiramente na Grécia Antiga, mas especificamente na cidade estado de Atenas, por volta dos séculos IV e V a.c., uma vez que essa tinha seu governo nas mãos de tiranos que utilizavam a força e a violência para dominar o poder e, assim, buscar interesses unicamente próprios, então a democracia para aquele povo se fez revolucionária naquele momento da história (FRANCA, 2011, s.p). A democracia como origem (ou seja, democracia direta, clássica – onde as decisões eram tomadas em assembleia, somente era possível em estados extremamente pequenos), apesar de significar “governo do povo”, de democracia não tinha quase nada, pois, não eram todas as pessoas que eram tidas como verdadeiros cidadãos e que, assim, poderiam participar politicamente das decisões públicas. Por exemplo, os escravos, mulheres, estrangeiros e crianças eram excluídos e, não tinham direitos de se quer ao menos opinar na direção política dessa cidade-estado, ficando claro assim que este significado de democracia para aquele momento era deturpado.

A democracia na história ocidental não encontra um conceito específico e de unânime aceitação (mesmo que a ideia central de todos eles seja a participação política do

povo), fato é que todos encontram como base a “liberdade e a igualdade”, pois sem elas não há de se falar em democracia. Vai de modelo de pensamento, a direito fundamental, talvez aí esteja fixada sua grande importância de se estudar.

Assim, depois de lançar essas premissas introdutórias para um estudo mais adequado, entende-se que as teorias da democracia (liberalismo, igualitarismo liberal, igualitarismo, democracia agregadora e democracia deliberativa) possuem uma incumbência que vai além de questionar modelos de governo político, pois, abordam princípios de justiça substantiva, como bem explanado pelo professor Fernando de Brito Alves, em sua obra “Constituição e Participação Popular”. Ele divide as teorias da democracia em dois grupos: o primeiro é nomeado como sendo as *teorias substantivas*, pois elas possuem uma maior carga de valores substantivos de justiça, encontrando-se o liberalismo, igualitarismo liberal e igualitarismo. O segundo grupo em que ele divide as teorias é denominado de *teorias adjetivas*, uma vez que elas reúnem sua importância em circunstâncias procedimentais, sendo então a democracia agregadora e deliberativa.

2.1 Liberalismo

A primeira teoria a respeito da democracia que será abordada neste trabalho é o chamado *Liberalismo*. A origem dessa teoria, teve seu marco durante o século XVII na Europa, havendo como seu precursor e, principal expoente o pensador e filósofo John Locke, na Inglaterra. Mas até então essa teoria abrangia tão somente o *liberalismo político*.

Não se limitando somente à Locke, já no século XVIII os trabalhos do filósofo escocês Adam Smith teve significativa importância para o fortalecimento das ideias em busca da defesa da liberdade (não somente política, mas agora também *econômica* – ideia de livre mercado, liberalismo econômico).

O termo liberalismo significando livre iniciativa (livre poder de decidir e agir) foi sedimentado em torno do mundo contemporâneo, quando o ideal de democracia estava sofrendo resistência, vinculado à ideia de igualdade (nesse momento somente entendida como igualdade política e civil). De acordo com Miguel Reale em sua obra “O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias” (2005, p. 26) foi assim que surgiu a díade “democracia liberal” que, segundo ele, logo entrou em situação de conflito com o *socialismo* de Karl Marx, que seria uma nova forma de conceber a igualdade em seu sentido primordialmente econômico. Deste modo, como consequência de inúmeras contradições e complementariedades, inclusive sob influência das duas grandes guerras mundiais fez surgir a chamada *democracia social*.

Miguel Reale conclui seu raciocínio de maneira didática afirmando que [...] “Fica, assim, esclarecido que a democracia antecede ao liberalismo, assim como a democracia liberal precede a socialdemocracia.” (REALE, 2005, p. 27).

Segundo a doutrina do professor Fernando de Brito Alves a teoria política do liberalismo pode ser cindida em duas fases; uma que é caracterizada pelo estatismo e, outra pelo individualismo. Esta última encontra-se em crise na história mundial no momento em que a burguesia se afirma como grupo/população, estipulando um segundo momento do pensamento liberal.

Retomando, como dito anteriormente, o Liberalismo defende o direito que todos possuímos de liberdade, não só política, mas também econômica. Para essa linha de pensadores, as pessoas são livres para fazerem o que bem entenderem na regulamentação de suas vidas (seja social ou economicamente falando) e o Estado não pode interferir, uma vez que é ele quem dá essa liberdade ao povo na maioria das vezes (SANTIAGO, s.a, s.p). Com isso, as pessoas buscavam um paralelo entre seus valores pessoais (dentro da sua liberdade) e o restante da sociedade.

Além de alcançar a liberdade, os pensadores do liberalismo também visavam à defesa de igualdade entre os indivíduos, primeiro eles seriam livres para posteriormente serem iguais entre si, nessa lógica.

Os pensamentos dos teóricos clássicos liberais John Locke e Adam Smith fixam a premissa de que o Estado necessita de uma regulamentação, mas que esta não se dá pelo soberano (fruto do Leviatã, de Thomas Hobbes) e sim, pelo trabalho que deve ser dividido ao longo da sociedade como um todo. Eles lutavam para sair do modelo absolutista que vigorava em quase toda a Europa naquele momento, onde era Deus que legitimava o Rei como seu representante para governar a terra.

Para que não ocorresse desordem (ou crise, como estamos chamando atualmente), Hobbes já dizia que a representação pelo soberano é volátil, tendente a sacrificar o princípio da liberdade na busca da efetivação da igualdade. De outro modo, entende-se que ao dizer que a representação é volátil, ela pode ir do Estado para o povo, mas tem que necessariamente retornar para o Estado e para os seus mecanismos, pois, senão ela tende a desordem política e social.

Nas palavras do professor Fernando de Brito Alves (2003, p. 59), em sua obra *Constituição e Participação Popular*:

Do ponto de vista das instituições, o liberalismo, em sentido lato, consolidou a liberdade como principal vetor moral da vida pública, distinguindo as liberdades públicas positivas das liberdades públicas negativas.

Ele vai além e, explica o que entende por essas liberdades públicas (2003, p.59):

As primeiras, consistiriam em abstenções obrigatórias oponíveis contra o Estado ou a sociedade considerada enquanto coletividade distinta do titular desse direito, enquanto as segundas seriam prestações, de modo que o modelo de cidadania liberal se constrói, conjugando esses dois grandes grupos de direitos/liberdades.

Para que o liberalismo seja uma teoria da democracia, é importante estabelecer que estes não são sinônimos (apesar de caminharem no mesmo sentido), a democracia não é nada mais que a origem do poder político na sociedade. Mesmo com suas diferenças conceituais, o traço em comum entre ambas é o reconhecimento da liberdade (mesmo que em concepções diversas).

Diferenciando especificamente democracia de liberalismo como conceitos, Fernando de Brito Alves (2013, p. 69) comenta:

A democracia liberal não significa outra coisa que “a adição de princípios democráticos, como o sufrágio universal, aos valores pré-democráticos do constitucionalismo e do “governo limitado”. O liberalismo dessa forma reclama a si o *status* de sucessor histórico dialético da democracia. Vale lembrar que democracia e constitucionalismo não significam a mesma coisa, embora possuam pontos cambiáveis. O constitucionalismo nasce em decorrência da reivindicação das oligarquias anglo-francesas. Democracia e constitucionalismo tiveram de se assimilar mutuamente um processo histórico bastante ambíguo e complexo.

A teoria liberalista que trazia limitações ao poder político (liberdades e direitos individuais) predominou durante quatro séculos, pois, foi no início do século XX com as Revoluções Industriais e a Primeira Guerra Mundial que foi perdendo suas forças.

2.2 Igualitarismo Liberal

Partindo de uma rápida análise do termo *Igualitarismo Liberal*, por óbvio, relaciona os ideais de igualdade e de liberdade. Essa teoria é uma das mais importantes da democracia do modelo substantivo (consoante a divisão feita pelo professor Fernando de Brito Alves, como dito alhures) e teve como seus maiores idealizadores os nomes de Ronald Dworkin e John Rawls.

As desigualdades, sejam elas econômicas e/ou sociais somente podem ter amparo se tais desigualdades existirem em decorrência das próprias decisões e escolhas das pessoas que estão em desigualdade.

Outros filósofos (como Immanuel Kant e Aristóteles) separaram liberdade de igualdade para formar a base do fundamento político e jurídico, afirmando existir o antagonismo entre elas com bastante clareza, uma vez que ao garantir prioritariamente, por exemplo, a liberdade do indivíduo, por óbvio acarretará em contrassenso, uma desigualdade

social e econômica. Do mesmo modo em que, ao priorizar a igualdade social entre os mesmos indivíduos, será necessário também restringir a liberdade destes.

Dworkin com sua teoria, trabalhou para demonstrar que os ideais de igualdade e liberdade não são opostos, mas sim complementares, através de (re)estabelecer, (re)analisar os ideais consagrados pelo Liberalismo. Ao pregar por igualdade, Dworkin não se refere em distribuir igualmente as mesmas medidas de auxílio para todos os indivíduos em sociedade, pois aí aumentaria proporcionalmente também a desigualdade, mas ele prega por distribuir oportunidades para que se chegue ao chamado bem-estar (em igualdade).

Como bem explanado pelo professor Darlei Dall’Agnol (2005, s.p) em seu artigo denominado “O Igualitarismo Liberal de Dworkin”:

Dworkin, ao inverter a visão do liberalismo tradicional e da versão rawlsiana deste, pretende defendê-lo da acusação de que ele protege interesses individuais em detrimento do bem-estar social. Por isso, Dworkin considera a igualdade o motor do liberalismo. Por subordinar os direitos individuais à idéia de igualdade de respeito e consideração, a teoria política de Dworkin precisa ser denominada de "igualitarismo liberal", e não simplesmente ser conhecida como uma versão, entre outras, de liberalismo.

Ao dizer que igualdade e liberdade individual não são opostas, ao passo que elas se complementam, Dworkin critica as teorias do bem-estar expressadas principalmente pelo chamado *Utilitarismo*. Por utilitarismo entende-se que o bem-estar geral deve estar acima do bem-estar individual, pois a busca dos utilitaristas baseia-se na premissa da felicidade geral, e isso Dworkin não concorda como justificativa para as políticas públicas, pois a explicação do bem-estar geral é feita sobre a noção de igualdade.

Um exemplo clássico deste modelo é a adoção de algum tipo de políticas públicas que visem aumentar o salário mínimo, criar condições de melhorias financeiras e econômicas para a população em geral (sem exceção), e para ele, isso não está correto, pois essa política pública deve aumentar e melhorar a vida e condições dos menos favorecidos – hipossuficientes, criando um padrão mínimo que os igualem (ou se aproximem ao máximo) aos demais. Por isso que o direito a igualdade é para ele o direito mais fundamental e, dele é que deriva conseqüentemente a liberdade individual.

Darlei Dall’Agnol (2005, s.p) no mesmo artigo acima mencionado considera que,

A filosofia política de Dworkin parece ser algum tipo de *liberalismo idealizado*. Isso quer dizer o seguinte: teoricamente, parece não haver realmente conflito entre liberdade e igualdade, mas nas práticas das economias capitalistas, nas quais o seu igualitarismo liberal encontra seu lugar natural, há certamente um antagonismo entre esses ideais políticos. Por isso, autores como Rawls, ao darem prioridade para as liberdades e imediatamente reconhecerem que elas produzem desigualdades sociais, parecem ser mais realistas. Portanto, ao colocar a igualdade como fundamento do liberalismo, Dworkin é levado a aceitar, em primeiro lugar, um conceito meramente formal de igualdade (igual respeito e consideração) e, em segundo, tipos de

igualdade mais substantivos (de recursos, de oportunidades etc.), mas que ainda estão longe de satisfazerem uma versão mais radical de igualitarismo.

Assim, arrematando o raciocínio acerca do igualitarismo liberal de Dworkin, as desigualdades (sejam elas sociais ou econômicas) presentes em toda sociedade, podem existir de modo justificado se, estas resultarem das próprias opções de tais indivíduos e não das circunstâncias em que estão inseridos.

Para Rawls, a concepção de justiça em consenso geral é oriunda de princípios (referentes à própria Justiça) que são criados pela sociedade em situação original de igualdade/semelhança para regularem as regras em acordo, pois todos terão que seguir, tendo então como situação de origem, o chamado estado de natureza. Como exemplo, vejamos o que diz Rawls (1930, p. 31):

Um sistema social justo define o escopo no âmbito do qual os indivíduos devem desenvolver seus objetivos, e oferece uma estrutura de direitos e oportunidade e meios de satisfação pelos quais e dentro dos quais esses fins podem ser equitativamente perseguidos. A prioridade da justiça se explica, em parte, pela aceitação de que os interesses que exigem a violação da justiça não têm nenhum valor.

Quanto aos princípios da justiça de Rawls, Fernando de Brito Alves comenta (2013, p. 76):

Para uma compreensão adequada do pensamento de Rawls ao discutir que princípios fundarão o conceito de justiça, os indivíduos haverão de estar acobertados pelo “véu de ignorância”: todos desconhecem, nessa posição inicial, as condições às quais estarão submetidas na vida em sociedade. Isto é, desconhecem, *a priori*, todos os detalhes de sua posição na sociedade. Ignoram seu sexo, condições sociais, inteligência, descendência, classe social, capacitação técnica, beleza etc.

Assim, esses indivíduos responsáveis por discutir e legitimar os princípios de justiça, estão amparados, como dito alhures, pelo “véu da ignorância”. Tais indivíduos se preocupariam então com a defesa do mínimo necessário para todos em uma sociedade democrática, sendo a defesa da liberdade (política, de expressão, de pensamento etc).

Ao pregar por igualdade, Rawls não descarta a situação que determinadas desigualdades devem ser reconhecidas pela sociedade, pois é da essência do homem querer ser melhor do que seu semelhante (na medida em que já se encontrava em posição de igualdade), e aqueles mesmos indivíduos que elegeram o princípio da liberdade como sendo o primordial de justiça, deveriam resolver essa desigualdade - que é gerada naturalmente. Essa desigualdade no estudo de Rawls tem caráter utilitário na busca do convívio adequado e justo da vida em sociedade.

Nas palavras do professor Fernando de Brito Alves (2013, p. 80):

O primeiro princípio de justiça exige que as regras que definem as liberdades básicas sejam aplicadas igualmente a todos, de forma a permitir a mais abrangente

liberdade compatível com uma igual liberdade para todos. O segundo princípio insiste em que cada pessoa se beneficie das desigualdades permissíveis na estrutura básica.

Por fim, a democracia sob o viés da teoria igualitarista liberal deve ser entendida como a estrutura que envolve todo o debate e discussão para a tomada de decisões, na solução das desigualdades enfrentadas pela sociedade como um todo.

2.3 Igualitarismo

Ao contrário do que foi anteriormente abordado neste trabalho acerca do Liberalismo e Igualitarismo Liberal, agora passemos a tratar da teoria do *Igualitarismo*, ainda no âmbito das teorias substantivas da democracia.

Considerando essa teoria entende-se que a mesma “ataca” a existência de divisões em classes da nossa sociedade (sejam elas econômicas, de gênero, de crenças, culturais, política, sociais e etc) que acarretam as inúmeras desigualdades existentes no mundo de hoje, uma vez que é natural do ser humano, desde o seu nascimento fazer parte de grupos/comunidades no qual ele se identifica.

No âmbito da filosofia política, o Igualitarismo é uma forma de pensamento que preza a igualdade e os direitos de oportunidades para todos os indivíduos inseridos na sociedade, seja ela política, social e/ou econômica. O direito pela liberdade começou a ser mais discutido e desejado a partir da Revolução Francesa no ano de 1789 que teve como seu lema “*Liberdade, Igualdade e Fraternidade*”³.

Existem pelo menos duas maneiras de se pensar à Igualdade: a Igualdade formal, que tem a ver com a forma/circunstância das instituições, ela seria a igualdade que todos temos perante a lei (o que preconiza, por exemplo, no nosso artigo 5º da Carta Magna), esse tipo de igualdade segundo a doutrina é compatível com o liberalismo clássico. O segundo tipo de igualdade é a material ou substantiva, onde as pessoas necessitam serem iguais em aspectos materiais, econômicos, de recursos... Oferecendo dificuldades ao liberalismo clássico, pois igualdade econômica/riqueza pode não significar o mesmo para todas as pessoas da sociedade, na medida em que elas são diferentes (possuem desejos e ambições diferentes).

Assim, neste contexto, tem-se o entendimento de que segundo as palavras da renomada historiadora Ellen Wood (s.a) apud Fernando de Brito Alves (2013, p. 86): “democracia significa o que seu próprio nome diz, qual seja, o governo ‘pelo povo’, ‘em

3 Conteúdo retirado da matéria intitulada “Os ideias da Revolução Francesa e o Direito Moderno”. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI137338,41046-Os+ideais+da+Revolucao+Francesa+e+o+Direito+moderno>. Acessado em 23/04/2017.

nome do povo' ou 'pelo poder do povo', mas também pode significar a reversão do governo de classes". Pois, quando a sociedade encontra-se dividida em razão das suas desigualdades existentes, os que se encontram em situação desfavorecida tendem a exigir e praticar atos (muitas vezes em desconformidade com as próprias regras) para mudar suas posições em nome de "igualdade".

Considerando que atualmente a democracia está em crise (e por isso, é objeto de estudo desse presente trabalho), seria necessário uma análise para (re)criar, (re)estudar os problemas que acarretaram e as possíveis (seriam mesmo possíveis?) soluções para essa crise que tem-se enfrentado hoje na representação.

Nas palavras de Fernando de Brito Alves (2013, p. 90):

Os igualitaristas que derivam suas ideias diretamente das reflexões de Marx (e não do marxismo posterior) sugerem que, na democracia, o Estado político desapareça, e que a busca pela democracia e pela essência do político constituam uma única tarefa.

Com isso, os termos *Equidade* e *Igualdade* devem ser diferenciados nessa teoria. Tem-se como exemplo de equidade a situação em que aos mais ricos (que se encontram em uma posição de classes com maior quantidade de recursos daqueles que estão abaixo) o Estado deva dar menos recursos para que todos atinjam uma realidade de equilíbrio. Por outro lado, o Igualitarismo retira dos que possuem mais para oferecer aos desfavorecidos.

Por igualdade, os socialistas pregam que, diante de desigualdades entre os indivíduos organizados em sociedade para que as neutralizem, somente por meio da equidade não seria totalmente suficiente, pois deveriam tratar os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades.

Retomando e concluindo, pela teoria do Igualitarismo entende-se que a igualdade de oportunidades muitas vezes (na maioria das vezes) desencadeia em desigualdade em seus variados tipos (classes, políticas, econômicas, sociais etc.) na medida em que cria mecanismos em proporções desiguais para buscar igualdade, antagonismo este presente nessa teoria.

2.4 Democracia Agregadora

Primeiramente é importante definir que trata-se de uma teoria adjetiva da democracia, meta-teoria ou ainda pode ser classificada como teoria de segunda ordem de acordo com a obra de Gutmann e Thompson (2007, p. 29), uma vez que ela apresenta possíveis soluções que ajudam a esclarecer da melhor forma, os problemas encontrados pelas teorias anteriormente já tratadas neste trabalho (encaixadas nessa classificação como teorias de primeira ordem; liberalismo, igualitarismo e igualitarismo liberal).

Walter Claudius Rothenburg (2013, p. 12) sintetiza dizendo no prefácio da obra *“Constituição e Participação Popular”*:

A democracia agregadora é uma concepção minimalista, procedimentalista, individualista e utilitarista, que cobra apenas “um envolvimento político mínimo” (Schumpeter) e precisa contar com políticos qualificados, consenso relativo e convergência política (competição política restrita), eficiência burocrática, autocontrole (para “evitar um excesso de críticas ao governo”) e “uma cultura das diferenças de opinião”.

Em outras palavras, a democracia deve estar atrelada com os meios necessários e, dedicados pelas decisões políticas da sociedade, nesse caso a doutrina cita como exemplo de instituição o Parlamento, pois o mecanismo de escolha dos parlamentares membros é democrático e metodológico (regras/caminhos para a escolha).

No âmbito de alcance da Democracia Agregadora é importante compreender que no Estado tido como moderno, a racionalidade (no sentido de capacidade de exercer atos racionais, depois de um exercício de cognição) presente no pensamento do sociólogo Marx Weber é o que move tal teoria, tendo em vista que o ser racional move o Estado.

Uma circunstância bastante importante de ser analisada nesse contexto é que no século passado os políticos deveriam ser pessoas acima do padrão (normal), pois somente eles possuíam a capacidade julgada necessária para administrar e decidir a vida política pública da sociedade. Os cidadãos comuns, que não se destacavam (de classe quase sempre inferior) não eram providos de capacidade para a racionalização da vida pública (que interferiria na vida de todos os demais), esse “privilégio” era levado somente à elite (classe social acima).

Isso anda em sentido contrário as teorias clássicas da democracia que pegavam a igualdade e participação ampla nos assuntos políticos, a democracia clássica andava atrelada com o Princípio da Igualdade.

Foi então somente no século XIX que houve um avanço no que diz respeito à participação popular, com inúmeras lutas e conquistas de maneira progressiva – linear, pelo direito do voto político democrático.

Em sentido explicativo, declina o professor Fernando de Brito Alves (2013, p. 96):

Com as transformações tecnológicas ocorridas no século XIX, sobretudo no mundo do trabalho, aparecem novas concepções de democracia. A democracia, aos poucos, vai se restringindo a um método específico de escolha dos dirigentes, em um contexto de competição política pelos votos dos cidadãos.

Assim, como se vê, a democracia como governo representativo leva em conta estritamente o que pode ser encarado como o melhor para o seu povo, pois ele é a maioria, é ele quem escolhe o parlamento, legitima seus representantes e, portanto clama por representação, na medida em que é ele também através desse modelo democrático quem pode

tirar e trocar (a princípio a qualquer momento) os mesmos. O povo na verdade, chama para si a atenção com o interesse político público quando assim entender necessário.

Para explicar como um governo possa ser considerado com representativo, Fernando de Brito Alves (2013, p. 98) pondera:

Existem quatro razões pelas quais um governo poderia ser considerado razoavelmente representativo: (1) porque os que assumem as representações públicas são “espíritos públicos”, (2) porque o cidadão, por meio do voto, consegue distinguir entre os bons e maus candidatos, (3) porque os cidadãos usam o voto para “ameaçar” os políticos que se afastam dos valores e interesses do povo e (4) porque a separação dos poderes é capaz de garantir que o interesse da maioria seja observado.

Assim, a representação na Democracia Agregadora requer a presença de indivíduos minimamente qualificados porque conduzirão toda a vontade e os interesses da sociedade, e sabendo disso a sociedade (por meio dos eleitores) utilizam o instrumento de poder que possuem – o voto, para escolherem entre os bons e maus concorrentes aos cargos (de acordo com sua visão estrita). Nesse sentido para uma escolha correta e condizente com os interesses dos representados, nem sempre dizer que o majoritário é sinônimo de democracia está correto para essa teoria. Vejamos o que diz o professor Fernando de Brito Alves (2013, p. 100) acerca do princípio majoritário trazido por Bobbio (1992, p.130).

Do ponto de vista normativo, o princípio da maioria supostamente conduziria ao melhor arranjo entre igualdade e liberdade, de forma que o que melhor caracterizaria a democracia seria o voto universal, o que não é verdade. Do ponto de vista técnico, os argumentos favoráveis à decisão pela maioria são mais razoáveis, tendo em vista que ele oferece uma alternativa para a inviabilidade da unanimidade e para uma espécie de decisionismo elitista.

Por minimalismo (traço principal da democracia agregadora) o indivíduo se sobrepõe ao coletivo, e ao eleger seus representantes por meio do exercício do voto (tanto de executivo, quanto do legislativo) concretiza sua característica central.

2.5 Democracia Deliberativa

Continuando a tratar das teorias adjetivas da democracia, ou como já dito anteriormente; meta-teorias, passemos então agora a analisar o último modelo (mas não menos importante) chamado de *Democracia Deliberativa*.

A principal característica que podemos observar neste primeiro momento é que por ser uma forma de exercício da democracia participativa, a democracia deliberativa preza por evidenciar os diferentes processos de participação pública na tomada de decisões, durante a fase de deliberação (MEDEIROS, 2014, s.p).

Assim, os indivíduos de forma organizada em sociedade assumem a função de serem

interlocutores dos representantes políticos-públicos. Ela vai além de ser apenas o momento de escolha eleitoral, pois para essa teoria, é mais importante a aproximação dos indivíduos nos assuntos do âmbito público onde se discute com todos, as normas e princípios de interesse social e as decisões tomadas pelos representantes eleitos de forma democrática, uma vez que tais decisões refletem na vida de todos (por este motivo devem ser debatidas, deliberadas em comum acordo).

O conceito de democracia deliberativa fica a cargo de Gutmann e Thompson, vejamos (2007, p. 23):

Uma forma de governo na qual cidadãos livres e iguais (e seus representantes) justificam suas decisões, em um processo no qual apresentam uns aos outros motivos que são mutuamente aceitos e geralmente acessíveis, com o objetivo de atingir conclusões que vinculem no presente todos os cidadãos, mas que possibilitam uma discussão futura.

A título de explicação deste conceito e das características presentes na Democracia Deliberativa, Fernando de Brito Alves comenta (2013, p.102):

Dessa forma, a democracia deliberativa possui quatro características principais: (1) exige justificção, (2) os motivos devem ser acessíveis a todos os cidadãos aos quais eles são endereçados, (3) a decisão vincula por determinado período e (4) seu processo é dinâmico.

E continua dizendo (2013, p. 102):

Entre os principais objetivos da democracia deliberativa estão: (1) a promoção da legitimidade das decisões coletivas, ante a escassez de recursos, (2) o encorajamento de perspectivas públicas sobre assuntos públicos, ante a generosidade limitada, (3) a promoção de processos mutuamente respeitáveis de tomada de decisão, ante a constatação da existência de valores morais discordantes, (4) a promoção de um processo de autocorreção crítica, em face do entendimento incompleto.

Nem sempre democracia andou junto de deliberação. Foi somente no século XIX com a defesa de John Stuart Mill que deliberação tornou-se uma forma de democracia. Outro grande expoente responsável por pela retomada da ideia da deliberação em tempos mais modernos foi Jurgen Habermas.

Destarte, para que haja qualquer decisão sobre qualquer assunto de interesse público da sociedade é fundamental que aconteça uma espécie de votação onde o que for majoritário prevalecerá, no entanto sem prejuízo de novas deliberações para uma decisão final concreta para não cometerem injustiças com todos os cidadãos.

Outro importante expoente dessa teoria é também John Rawls, que apesar de não estabelecer uma definição única para democracia deliberativa, aponta características substanciais, pois, todas as justificações de cada debate/deliberação encontram respaldo no “véu da ignorância”.

O que passa a legitimar as decisões tomadas pelos representantes eleitos na espera

pública de poder é a participação nas discussões por todos os indivíduos (que efetiva a democracia deliberativa), uma vez que todos são abrangidos pelo Princípio da Igualdade na busca do bem-comum.

Assim, por democracia deliberativa é a existência de um diálogo linear, pois uma decisão pode e deve ser (re)discutida sempre que houver necessidade em um momento futuro para que legitime o bem-comum.

3 O PODER JUDICIÁRIO NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

No Brasil, contemporaneamente, o Poder Judiciário é tido como o detentor da última palavra na resolução das demandas sociais mais relevantes. O país vive um sentimento de orfandade e abandono em relação a outros poderes e isso faz com que o Judiciário seja visto como o “pai de todos”.

Seria o Poder Judiciário um órgão garantidor da própria democracia?

Não há um filtro axiológico em relação às matérias a passar pelo crivo do Poder Judiciário passa à análise de matérias das mais variadas ordens.

É nesse aspecto, que os juízes são, constantemente, acusados de usurpar a função do Poder Legislativo, e por meio de suas decisões legislar (ZAGREBELSKY, 2016, p. 1147).

Vivemos a politização do Poder Judiciário?

Há quem critique essa posição jurídica atribuindo ao Poder Legislativo, tipicamente, uma primazia na resolução das demandas sociais, por meio da elaboração de leis.

A razão disso reside na máxima “vox Populi, vox dei”. Explica-se: É sabido que o poder emana do povo. É o povo quem elege os detentores dos cargos políticos que compõem o Poder Judiciário, daí que estes e, somente, estes por meio da representação indireta, é que são legitimados à tomar qualquer decisão para respostas às demandas sociais (ZAGREBELSKY, 2016, p. 1147).

Lado oposto encontra-se o Poder Judiciário, que não passa pelo crivo democrático. Não tem seus membros eleitos pelo povo e a eles não cabe, tipicamente, legislar regulando, dessa forma, às demandas sociais.

Fernando de Brito Alves e Vladimir Brega Filho (2015, p. 127), ainda, identificam outra questão crítica: “Os juízes ocupam, no Estado constitucional contemporâneo, uma especial e difícil posição de intermediação entre o Estado e a sociedade, que não encontra paralelo em outros funcionários públicos”.

Dessa forma, a função típica do Poder Judiciário seria a de órgão de controle para manutenção do regime democrático.

Nas palavras de Fernando de Brito Alves e Vladimir Brega Filho (2015, p. 127): “(...) a própria Constituição possui a funcionalidade instrumental de limitar objetivamente a atuação congressual, tanto no que diz respeito ao processo legislativo, quanto aos valores substantivos assumidos pelo texto constitucional”.

Daí a notória importância do Poder Judiciário na manutenção do regime democrático. O Poder Legislativo, eleito pela maioria, estaria a eles representando. Entretanto, não se tem democracia (governo da maioria) sem minoria. Só se fala em maioria se existir minoria. E a proteção destes incumbe ao Poder Judiciário.

Dessa forma, protegendo a minoria o Poder Judiciário mantém o próprio regime democrático.

Respectivos autores seguem explicando que a jurisdição constitucional não atuaria para ditar os valores substantivos que devem prevalecer em uma dada sociedade, mas sim, e, somente só, atuaria em situações de mau funcionamento sistêmico (ALVES E BREGA, 2015, p. 129).

Vale a descrição das palavras dos autores (2015, p. 129):

A desconfiança é legítima quando (1) os canais de mudança política estão obstruídos pelos incluídos, e não existe qualquer possibilidade de transformação social ou inclusão dos excluídos, ou ainda quando (2) os representantes das majorias colocam em desvantagem uma determinada minoria, ainda que ninguém lhe negue explicitamente o direito de participar do processo político, e por mera hostilidade ou preconceito lhe nega a proteção oferecida pelo sistema representativo a outros grupos.

Entra em pauta o assunto do contramajoritarismo, decisões com esse teor, terão dupla função: assegurar direitos e manter o regime democrático, pois só existe maioria se existir minoria.

A jurisprudência do STF vem nesse sentido. No RE 477.554 AGr/MG, o Min. Celso de Mello pontua que: “ (...) o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário (...)”. E, segue, asseverando que:

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional.

Coaduna-se com esse entendimento o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 633703 de Minas Gerais, onde reforça que: “(...) a função do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, é reforçar as condições normativas da

democracia, ainda que contra a opinião majoritária”.

Toda vez que a lei, ou até mesmo antes disso, o processo legislativo, mostrar-se evitado por valores preconceituosos ou não inclusivos deverá o Poder Judiciário exercer seu controle constitucional. E, assim, não há que se falar em violação ao princípio da separação de Poderes.

O Poder Judiciário é detentor do poder/dever de proteção das minorias. E isso vai além à garantia de efetivação de direitos. E mantem o próprio regime democrático, uma vez que ao proteger a minoria e mantê-la íntegra o Poder Judiciário garante a democracia – governo da maioria. Isso porque, não existe maioria sem minoria, são lados da mesma moeda.

Portanto, decisões contramajoritárias vão além de efetivar direitos fundamentais e garante a manutenção do Estado Democrático de Direito.

3 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi acima exposto, conclui-se que ao longo do tempo a democracia se fortaleceu como forma de governo em que o povo exerce sua participação nos assuntos de interesse público e, além disso, como molde do Estado Democrático de Direito.

Existe, ainda, a necessidade de haver uma sociedade constituída por indivíduos politicamente engajados.

Assim, através de cada Teoria que envolveu a democracia, foi possível notar de maneira latente sua importância tanto nos primórdios de sua criação, quanto nos dias atuais.

Inicialmente, a ideia apresentada no presente trabalho pode aparentar ser mera exposição conceitual, teórica e filosófica acerca da democracia, no entanto, vai muito mais além, diante da crise de representatividade que contextualiza pode servir de contextualização para esta pesquisa.

Conclui-se, então, que no Liberalismo priorizou-se a busca da defesa da liberdade, uma vez que para essa linha de pensadores todos os indivíduos são livres para tomarem suas decisões (no caso, políticas). Pode-se contatar que sua vertente voltada para o liberalismo individualista, preconiza que o Estado não pode interferir ou restringir liberdades.

A crítica que se faz é no sentido de que há extrema dificuldade em identificar esse individuo realmente livre e igual em relação aos seus pares? O discurso do liberalismo serviria desse modo, apenas para eleger ou manter seus defensores no poder.

Com a análise que fora feita acerca da teoria chamada de Igualitarismo Liberal constata-se que ao relacionar os ideais de igualdade e de liberdade, tem-se um aprimoramento da democracia na medida em que se complementam.

Assim, por óbvio que sempre existirão desigualdades (decorrência natural da condição humana), no entanto, tais desigualdades somente são justas e justificáveis quando forem decorrentes das decisões e escolhas dos indivíduos que estarão na posição desigual buscando sempre a igualdade (de oportunidades).

Com a necessidade de a sociedade ser conduzida de acordo com as reais necessidades e vontades da própria sociedade, respondendo as demandas postas.

O Estado, no entanto, teria que desenvolver algumas políticas públicas que ocasionassem oportunidades acessíveis com deliberação para o povo e assim, efetivando os direitos fundamentais preconizados em nossa Constituição Federal.

Nota-se assim, que o Igualitarismo sozinho como teoria não se mostra adequado ante a explanação feita acima acerca do Igualitarismo Liberal, sem a forte vertente de liberdade atrelado a ele. Como vimos, o Igualitarismo pensado com base em Marx, quer que o Estado político desapareça para a formação da democracia, o que trazendo para a atualidade é completamente inviável, visto a complexidade da nossa sociedade.

Segundo as teorias de ordem adjetivas, ou meta-teorias, surge a crítica de delimitar um procedimentalismo com envolvimento político mínimo, onde o indivíduo se sobrepõe ao coletivo (contrariando o interesse social político público). A democracia deliberativa por sua vez, apesar de criar o sistema de deliberação (debate, discussão), para poder ser efetivada é necessário que os indivíduos alcancem situação de igualdade e liberdade, o que nos faz retornar para a importância do igualitarismo liberal.

Fixar entendimentos e esclarecimentos acerca do Liberalismo, Igualitarismo Liberal, Igualitarismo, Democracia nas suas vertentes agregadora e deliberativa, é fundamental para todo cidadão inserido em uma sociedade com caráter democrático, para uma evolução de pensamentos e reflexões sobre hipóteses de como sempre buscar o melhor para o coletivo.

Após concentrar-se na análise acerca do modelo democrático que melhor atenderia as demandas sociais, o trabalho buscou analisar o papel do Poder Judiciário em garantir esse arranjo democrático.

Os pontos conclusivos foram: (1) O Poder Judiciário é o órgão iminentemente detentor da “última palavra” em relação a matérias de conteúdo constitucional que tenha um núcleo de fundamentalidade de direitos e, acima de tudo, se relacione com a proteção de minorias; (2) Apesar de não ser eleito pela via democrática essa função do Poder Judiciário não afronta o regime democrático, pelo contrário, o mantém já democracia – definida como o governo da maioria, precisa da minoria, pois não há que se falar em maioria sem que exista minoria; (3) Decisões contramajoritárias são necessárias e aptas a manter a democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

ALVES, Fernando de Brito. BREGA, Vladimir Filho. Termidoriza a deliberação: O Papel das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas. Revista Brasileira de Direito. 2015

ARENDT, Hannah; LAFER, Celso; RAPOSO, Roberto. **A condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BARROSO, Pécio Henrique. **Constituinte e constituição: participação popular e eficácia constitucional (1987-1997)**. Curitiba: Juruá, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. 173 p. (Coleção pensamento crítico;69)

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

COSTA, Emilia Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: UNESP, 2007.

DALL’AGNOL, Darlei. **O igualitarismo liberal de Dworkin**. Kriterion: Revista de Filosofia. Belo Horizonte, v. 46, n. 111, jan/jun 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2005000100005. Acessado em 05/03/2017 às 12h46min.

FELDENS, Guilherme de Oliveira. **Equilíbrio Reflexivo: fusão entre interesse individual e comunitário na teoria da justiça como equidade**. Disponível em: http://www.theoria.com.br/edicao10/equilibrio_reflexivo.pdf. Acessado em: 15/03/2017 às 11h04min.

FRANCA, Ludmila. **Democracia: origem histórica**. Disponível em: <https://norbertobobbio.wordpress.com/2011/06/06/democracia-origem-historica/>. Acessado em 23/04/2017 às 23h54min.

GOTTEMS, Claudinei J.; ALVES, Fernando de Brito. **Educação para a democracia**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc528592c3858f90>. Acessado em 06/03/2017 às 08h50min.

GOUVEIA, Aucenir. **A democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo**. Disponível em: <http://aucenirgouveia.com/geral/a-democracia-e-o-governo-do-povo-pelo->

povo-para-o-povo/. Acessado em 23/04/2017 às 23h57min.

GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. **Porque democracia deliberativa?** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Editora Forum. jan./mar. 2007.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993. 392 p. (Ensino Superior)

LUBENOW, Jorge Adriano. **Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas. Modelo teórico e discursos críticos**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2010000100012. Acessado em: 08/03/2017 às 10h57min.

MEDEIROS, Alexsandro M. **Democracia Deliberativa**. Disponível em: <http://www.portalconscienciapolitica.com.br/ciber-democracia/democracia-deliberativa>. Acessado em 09/03/2017 às 12h02min.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius, Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTIAGO, Emerson. **Liberalismo**. Disponível em: <http://www.infoescola.com/filosofia/liberalismo/>. Acessado em 06/03/2017, às 08h25min.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

AS DEFICIÊNCIAS NA FORMAÇÃO INTEGRAL DO JOVEM COMO ALIMENTO DA EXCLUSÃO E DA AUTOEXCLUSÃO DA SOCIAL

Fabiana Aparecida Menegazzo CORDEIRO¹
Heloisa CREMONEZI²

RESUMO

Diante do estudo do Direito Fundamental Social à Educação previsto na Constituição Federal do Brasil e consolidado pela legislação infraconstitucional esparsa, o foco do presente trabalho é demonstrar que as deficiências na formação integral dos indivíduos ofertado pelo atual sistema educacional, contribui para a alienação do cidadão adulto da participação ativa nos rumos da sociedade em que está inserido, em sua própria autonomia, gozo das liberdades e direitos proporcionados por um Estado Democrático de Direito. Tal situação impacta diretamente para o aumento do contingente de pessoas à margem da sociedade. A legislação que trata do Direito à Educação já evoluiu bastante no aspecto quantitativo e trouxe resultados positivos na universalização do ensino para todos. No entanto, sob a ótica da oferta do ensino de qualidade para formação integral do aluno, preparando-o para a vida adulta, conforme determinada o texto da Constituição Federal, ainda permanece um grande hiato, que constantemente aumenta com a burocracia dos processos educacionais, desatualização e uso dos programas sociais educacionais para fins eleitoreiros.

PALAVRAS-CHAVE: deficiência, formação integral, exclusão, autoexclusão social

ABSTRACT

Faced with the study of the Fundamental Social Right to Education provided for in the Federal Constitution of Brazil and consolidated by the sparse below of constitution legislation, the focus of the present work is to demonstrate that the deficiencies in the integral formation of the individuals offered by the current educational system, contributes to the alienation of the adult citizen of the active participation in the directions of society in which, in its own autonomy, it is embedded, enjoy the freedoms and rights provided by a Democratic State of Right. This situation has a direct impact on the increase in the number of people on the margins of society. The legislation that deals with the Right to Education has already

-
- 1 Possui o título de graduação em Direito pelo Centro Universitário Euripedes de Marília (2005). Possui o título de Pós Graduação em Direito Público, com ênfase em Direito Tributário pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2009). Possui Formação Pedagógica de Docente pelo Centro Paula Souza (2012). Desde (2009) é Professora 2 do Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza, Unidade Bauru, nas disciplinas que envolvem o Direito. Nesta mesma Instituição já desempenhou Função de Coordenadora dos Cursos Técnico em Transações Imobiliárias e Técnico em Serviços Jurídicos nos anos de 2009 e 2010. Cursou, no ano de 2015, em caráter de Aluno Especial, duas disciplinas no Programa de Mestrado Profissional para a Educação Básica, promovido pelo Departamento de Educação, da Unesp, Campus Bauru. Atualmente leciona as disciplinas de Introdução ao Direito Civil e Noções de Direito Constitucional, para o Curso Técnico em Serviços Jurídicos, da Etec Rodrigues de Abreu. Já foi orientadora de Trabalhos de Conclusão de Curso nesta Unidade Escolar, quando orientou alunos com projetos de pesquisa acerca da formação cidadã pela Escola. Paralelamente à vida Acadêmica, desde 2001, de forma ininterrupta, atuou no segmento financeiro até abril de 2017. Trabalhou entre 2001 e 2013 no Banco Bradesco S.A e na empresa Banco Triângulo S.A entre 2013 e 2017. Possui Certificação Anbima CPA 10. Ingressou no início de 2017 no Programa Mestrado Sistema Constitucional de Garantia de Direitos do Núcleo de Pós-Graduação do Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino. Pesquisa sobre o tema direito à educação e coordena Projeto denominado Biblioteca Ativa na Unidade Escolar Etec Rodrigues de Abreu/Bauru/SP. Atualmente exerce a advocacia.
 - 2 Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Advogada. Pós-Graduada em Direito Lato Sensu pela Universidade Estadual de Londrina.

evolved considerably in the quantitative aspect and has brought positive results in the universalization of education for all. However, from the point of view of the offer of quality education for the integral formation of the student, preparing him for adult life, as determined by the text of the Federal Constitution, there is still a great gap, which constantly increases with the bureaucracy of educational processes, Downgrading and use of educational social programs for electoral purposes.

KEY-WORDS: Disability, integral education, exclusion, social exclusion

INTRODUÇÃO

Considerando que a Constituição Federal é para seu Estado a objetivação de sua existência e a consolidação daquilo que considera mais importante para a formação e bem-estar de seu povo, o enfoque deste trabalho estará direcionado para o estudo da efetivação dos denominados Direitos Fundamentais relacionados à Inclusão social, tendo como base de estudo o Direito à Educação, previsto nos artigos 6 e 205 da atual Constituição Federal do Brasil e demais legislações afins esparsas, sobretudo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei de Diretrizes e Bases, (LDB), Lei 9.394, de 1996 e as Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica, (DCNG), Resolução nº4, de 13 de julho de 2010.

Classificada pela Constituição como um Direito Social, a Educação é direito de todos e deve ser perseguida pelo Estado e pela família, sem que um exclua a responsabilidade do outro, mas sim, no sentido de somar esforços em busca de promover uma sociedade com educação plena.

Objetivar-se-á demonstrar ao longo do trabalho, o prejuízo social, o ferimento ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a dificuldade do exercício da Democracia pelos indivíduos adultos, causados pela ineficácia do Direito à Educação Integral e Globalizada, formadora da pessoa considerada em seu todo, às crianças e adolescentes no Brasil.

Como desdobramento, será demonstrado que a ausência da efetividade do Direito Constitucional à Educação, enquanto processo de formação integral do indivíduo, gera efeitos nocivos à sociedade ao entregar ao Convívio Social, jovens e adolescentes frágeis de conhecimento acerca da cidadania, que sem orientação de como acessar seus direitos e cumprir deveres sociais, ficam à margem da sociedade, o que interfere diretamente na plena efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana e no exercício da Democracia.

Por fim, pretender-se-á asseverar de forma mais profunda sobre o processo da exclusão, demonstrando que a ineficiência da Educação Brasileira, distancia os indivíduos da vida social ativa e colabora para o processo denominado autoexclusão, agregando-os a grande massa de manobra dos excluídos sociais.

1. APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS SOBRE A FORMAÇÃO INTEGRAL DO INDIVÍDUO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Em consonância ao tema, o art. 205 da Constituição Federal do Brasil determina 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. (Constituição Federal do Brasil, 1988).

Buscando o detalhamento para aplicação do Direito à Educação no concreto, no ordenamento infraconstitucional a Lei 9.394/1996, a Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) para tornar prática a premissa constitucional do Direito à Educação, determina em seu artigo 1º:

A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais; § 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias; § 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.

A competência para legislar sobre o tema educação é assunto de competência concorrente, conforme dispõe a Carta Magna, em seu artigo 24, inciso IX, ou seja, cabe à União, às Unidades Federativas, Distrito Federal e Municípios a legislação simultânea sobre a educação, sob a égide do respeito da hierarquia das normas.

Em consonância com derradeiro princípio, a LDB também atribui, em seu artigo 9º, inciso IV, à União em colaboração com os Estados, Distrito Federal e Municípios, a função de estabelecer diretrizes e competências para tratar da Educação Infantil, do Ensino Fundamental e do Ensino Médio, que nortearão os currículos e seus conteúdos mínimos, de modo a assegurar formação básica comum.

Cria-se então as Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais (DCNG) para a educação básica, justificada pela emergência da atualização das políticas educacionais que consubstanciem o direito de todo brasileiro à formação humana e cidadã e à formação profissional, na vivência e convivência em ambiente educativo.

São estas Diretrizes que na prática, distribuem as atribuições e direcionamentos para objetivação do direito à educação, pois estabelecem bases comuns nacionais para todas as séries que compõem a Educação Básica que desde então, engloba da educação infantil, a fundamental até as séries do ensino médio. A partir destas diretrizes os sistemas federal, estaduais, distrital e municipais, por suas competências próprias e complementares, formularão as próprias orientações buscando a integração dos currículos das três etapas

mencionadas.

O teor das Diretrizes vigentes atualmente foi estabelecido pela Resolução N°4, de 13 de julho de 2010, pelo Ministério da Educação/Conselho Nacional de Educação/Câmara de Educação Básica. Há uma reestruturação em andamento para reforma nesta base de Diretrizes, face a aprovação da Reforma do Ensino Médio.

Em seu artigo 5º, as DCNGs dispõem que:

A educação básica é direito universal e alicerce indispensável para o exercício da cidadania em plenitude, da qual depende a possibilidade de conquistar todos os demais direitos, definidos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na legislação ordinária e nas demais disposições que consagram as prerrogativas do cidadão.

Nota-se pelo texto desta diretriz a preocupação e a consciência, ainda que formal, de que é o direito à educação que inaugura o alcance aos demais direitos que compõem a cidadania, capaz de gerar uma sociedade efetivamente democrática, onde o povo governa por si mesmo, e por isso, tem condições de se autodeterminar.

Com a fraca estrutura familiar e a crise de valores pela qual passam as atuais gerações, pesa de forma mais intensiva à Educação por meio da estrutura composta para o desempenho do ensino em suas Unidades Escolares, além da função da formação com conteúdos técnicos dos seus alunos, com o intuito da transmissão de conhecimento para construir profissionais, a formação de suas personalidades em todos os aspectos.

Ferreira (1993) situa a Escola como um espaço político onde deve se ministrar um conjunto de disciplinas de maneira que o jovem adquira o saber necessário para não se deixar enganar. Um espaço onde desempenhe o exercício da vivência, de soluções de conflito e convívio, como requisitos de liberdade. O instrumento intelectual aparece como o suporte para a formação da cidadania.

No entanto, apesar da legislação vigente, para a prestação Estatal da promoção do Direito à Educação, a preocupação com a formação da pessoa do aluno não é uma premissa da estrutura da grade curricular do ensino atual, seja de forma direta ou transversal. Somada às dificuldades físicas, estruturais e de pessoal pelas quais sofrem as Instituições Escolares, tal cenário estrutural, torna o produto do ensino entregue ao público escolar, muito distante e superficial da educação globalizadora, idealizada pelo Constituinte, de formação integral da pessoa.

(ZABALLA, ARNAU, 2010), afirmam que sobre as diretrizes nas quais se embasam o ensino atualmente,

[...] os conteúdos prioritários do ensino não são aqueles que deverão desenvolver todas as capacidades de ser humano, mas sim os necessários para superar as provas

de vestibular. O resultado é um sistema escolar que, ao fim, forma nas capacidades para poder responder de modo eficaz a algumas provas ou exames consistentes, de forma geral, na reprodução por escrito, de forma mais ou menos literal, de alguns conhecimentos e alguns procedimentos os quais se transformaram em rotineiros.

A não efetividade do Direito Constitucional à Educação para formação integral do indivíduo pelas Unidades Escolares, colabora com o desconhecimento de alguns conceitos, informações e experiências acerca de situações do indivíduo como ser social ativo em seu meio. Assuntos como regras de convivência social, direitos e obrigações, papel do Estado, funções e autoridades, defesa de direito lesado, regras de convívio social, liberdades individuais, poder de voto, primeiro emprego, administração pessoal das finanças, responsabilidade civil e penal pelos próprios atos se não são abordados, ou são de forma tão superficial, que não despertam interesse e não geram o conhecimento transformador de comportamento aos alunos.

A ausência desta bagagem provoca medo e distancia os adolescentes e jovens de determinadas atitudes e comportamentos comuns a eles a partir desta fase, marginalizando-os e em muitas situações, excluindo-os.

Aos 18 anos os indivíduos da sociedade brasileira são por lei, chamados a exercer o mais forte ato de exercício da Cidadania, o poder-dever de votar. Gérard Lebrun, em sua obra *O que é poder*³, ao tratar sobre o Leviatã descrito como um genial e gigantesco autômato, criado “para defesa e proteção” dos homens naturais, discorre que:

O importante é que esta criação coincide plenamente com a constituição da “multidão” em um “corpo político”. “ É como se cada homem dissesse a cada homem: cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ela teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, a multidão assim unida numa só pessoa se chama República. [...] (LEBRUN, 1930, p.33)

Como então exigir do jovem indivíduo o correto exercício do seu direito de votar, se anteriormente, não teve informação e formação adequada e suficiente da importância deste seu ato? Como exigir comportamento cidadão do indivíduo se ao longo dos, no mínimo, 12 anos que passou pelos bancos escolares, não houve a correta tratativa do tema Democracia, Representatividade e Cidadania?

A observação direta do convívio social, permite visualizar a dificuldade encontrada pelos adolescentes e jovens que iniciam a fase adulta, em reconhecerem e se adaptarem às responsabilidades geradas pelo alcance da maioridade civil. Esses indivíduos passam a ser chamados a participar como sujeitos ativos na vida em sociedade, e para isso, precisam trazer em suas bagagens um conhecimento prévio das nuances que permeiam a convivência social

3 Grifo nosso

na qual estão inseridos e quais serão seus desdobramentos a partir de então.

IHERING (1891) quando aborda o Direito, diz que há duas acepções distintas sobre a palavra direito, a objetiva e a subjetiva, ressalta que o direito, no sentido objetivo, compreende os princípios jurídicos manipulados pelo Estado, ou seja, o ordenamento legal da vida. Já o direito, no sentido subjetivo, representa a atuação concreta da norma abstrata, de que resulta uma faculdade específica de determinada pessoa.

Fruto do modelo da educação brasileira sem preocupação com a formação da pessoa, em sua maioria, as famílias não possuem suficiente conhecimento para transmitir ensinamentos aos filhos sobre o que é o Direito e a faculdade de como utilizá-lo. Somado a esta defasagem de conhecimento, as famílias se encontram submersas na luta diária para a subsistência por meio do trabalho, o que já lhes esgota muito de suas forças, física, psicológica e mental, transferindo à Escola não só o papel de educar seus filhos, e sim o papel de cuidar, zelar destes menores em todos os sentidos.

A Unidade Escolar, por todas as deficiências por qual passa seja com problemas de gestão, de estrutura física, de defasagem tecnológica e de pessoal, também não vem atingindo êxito em sua função de transmitir uma educação integral formadora de pessoas como demanda a própria Carta Magna.

O resultado desta situação é uma geração de jovens ignorantes em como instrumentalizar e fazer uso das normas objetivas previstas no ordenamento jurídico, criando uma perspectiva de que a efetivação do direito é algo utópico, exceção e não regra, alcançável apenas para algumas pessoas que têm condições diferenciadas para acessá-lo.

2. ALIMENTANDO A APATIA SOCIAL: A EXCLUSÃO E A AUTOEXCLUSÃO DO JOVEM CIDADÃO

A ausência de estímulos sobre os direitos e deveres de um adulto perante sua Sociedade, desde a fase de criança, faz com que os jovens se tornem pessoas sem características de Cidadania em suas identidades e alienados à realidade em que vivem. A Escola, já nos ciclos da Educação Infantil e Básica, tem papel fundamental para a formação do jovem cidadão.

Insta indagar se o Estado, pelas autoridades e agentes que integram a gestão do sistema educacional, promovem um Programa Curricular e elaboram Metodologias de Ensino e Aprendizagem para as crianças e adolescentes que promovam conhecimentos e experiências, capaz de colaborar no enfrentamento dos novos desafios como atores sociais em suas vidas adultas?

Ferreira (1993), disserta sobre a configuração do cidadão e que automaticamente cria o não-cidadão, sendo aquele que está fora de uma classe social, que está fora da participação efetiva na sociedade, estando por lógica, na marginalidade do sistema. “Um certo sistema de referências, viabiliza, assim, a situação de inclusão ou de exclusão dos elementos do grupo.”

O conhecimento dos direitos e obrigações que integram o conceito de cidadania proporciona segurança e fortalece a iniciativa para atuação dos sujeitos sociais e, quanto mais precoce inicia este processo, mais natural, sólido e intenso se consolida na personalidade do indivíduo, construindo naturalmente o indivíduo cidadão.

Para (CABRAL, 2012),

a formação da personalidade pode ser estimulada através da personalidade de seus pais, educadores e outros que permanecem próximos a tais crianças por longos períodos. A partir das atitudes características da personalidade de cada indivíduo a criança passa a ser influenciada por tais e passa a manifestá-las demonstrando sua vontade. A essas pessoas ligadas à criança cabe a responsabilidade da formação inconsciente do caráter, dos sentimentos, do psicológico, do temperamento, da inteligência e de outros.

É ainda na infância que o indivíduo começa a formar sua identidade, estimulá-lo com informações das regras de convívio social, iniciando este processo de ensino e aprendizagem, ainda que com conteúdos lúdicos, proporcionará um processo natural de contato, absorção e aprendizagem destes assuntos. Torna-se adequado que as práticas pedagógicas estimulem o conhecimento da cidadania, a fim de que o indivíduo possa incluí-la em sua identidade desde criança, de forma simples e gradativa, acompanhando seu crescimento e inserção na vida social.

A cidadania para (COVRE, 1993) “ [...] é o exercício de regras que englobam direitos e deveres de um indivíduo perante a sociedade”.

Cada um, de acordo com sua personalidade, abstrai sua interpretação sobre estas regras, estimulado pela forma em que obtém o conhecimento destas. É baseado neste conceito, que o ser humano constrói sua identidade cidadã e desenvolve seus comportamentos e atitudes.

(ZABALA, 2002, p.54), em seu livro *Enfoque Globalizador e Pensamento Complexo*, ao tratar do tema da importância das disciplinas curriculares e na finalidade que deve ter o ensino, buscando sua função social, discorre que, sobre a necessidade de se analisar o que se pretende ensinar e o que se pretende alcançar de resultado no aluno, ao final do processo de ensino e aprendizagem,

“ [...] existe uma clara determinação das finalidades que deverá ter o ensino, ou seja, sua função social. O porquê de algumas matérias e não de outras, o papel que cada uma delas têm no currículo é o resultado da resposta à principal pergunta de toda proposta educativa: qual é a função que deve ter o sistema educativo? E

consequentemente, que tipo de cidadãos e cidadãs o ensino deve promover? A resposta a tais perguntas deverá responder também à pergunta: o que ensinar? Os conteúdos de aprendizagem selecionados tornam concretas as respostas que definem a função social que cada país ou cada pessoa atribui ao ensino.”

As grades curriculares e as práticas pedagógicas não abordam esta preocupação em seus currículos. As Diretrizes Curriculares Gerais Nacionais vigentes, reduziram as disciplinas de Filosofia e Sociologia para a carga horária de 01 hora-aula semanal cada e é facultativo para as Unidades Escolares, transformarem as tratativas destes conteúdos em forma de aula-projeto ou de forma diretamente interdisciplinar, envolvidos em conteúdos de outras disciplinas.

Ao serem observados os adolescentes e jovens egressos do sistema educacional, verifica-se a alienação destes pela vida social e política, sem entender a importância do exercício da cidadania, da democracia e dos seus papéis como agentes sociais em um breve futuro, por falta de preparo, de base.

Tal situação já inicia aqui, os processos de exclusão social, manipulado por imposições daqueles que conhecem a organização do Estado Democrático de Direito e dele se aproveitam em benefício próprio, os jovens ou são afastados do convívio social ou por si mesmos, optam pelo afastamento da participação ativa nas decisões sociais, por entenderem estarem despreparados, incompatíveis com as características necessárias para o sentimento de parte daquele meio, o denominado processo de autoexclusão, ou seja, pelo desconhecimento do cenário onde estão inseridos, os jovens se afastam da realidade e da oportunidade de nela atuarem como determinantes de melhora. Consequentemente, se tornam massas vulneravelmente manipuláveis.

3. DEFICIÊNCIAS, BUROCRACIAS

Nos processos que perpassam o Direito à Educação formadora de pessoas, para a entrega à sociedade pelo Estado, de cidadão aptos a atuar positivamente no convívio social, quais são as dificuldades e causas que desviam a realização e a efetividade deste Direito? A legislação vigente atende de forma suficiente e prevê de forma eficiente as demandas atuais para o ensino formador da pessoa humana?

A Legislação Infraconstitucional tenta por meio do desenvolvimento das políticas públicas em Educação, efetivar a entrega do Direito à Educação à sociedade, mas durante seu processo de efetivação, a falta de planejamento racional e cuidados com os meios e processos, geram um fim distorcido daquele estabelecido constitucionalmente.

Como tratam, (SOUZA, LUCA, 2013), as políticas públicas devem ser entendidas

como os meios idealizados e organizados pelo governo para atingir um objetivo pré-estabelecido. São as diretrizes, o conjunto de regras e procedimentos esquematizados para reger a relação entre o Estado e seus governados, para entrega de um preceito constitucional, considerado de extrema significância para a consolidação da Democracia e do bem comum.

O que ocorre é que em países de democracia tardia como são os da América Latina, em destaque neste trabalho o Brasil, as políticas públicas não são articuladas como medidas de evolução de seus povos, ou seja, Políticas Públicas de Estado, que devem ser planejadas e implementadas independente da titularidade momentânea de quem as lidera, pois ao serem planejadas, estabelecem como finalidade suprema a necessidade do desenvolvimento e autonomia de seu povo.

Nestes locus, são tratadas como Políticas Públicas de governo, predominantemente com fulcro eleitoral, para a conquista de votos de quem as lidera. Desta forma, à medida que se altera o governo, são abandonadas, os investimentos e esforços deixados para trás e uma nova política pública será apresentada como proposta de determinado governo, se eleito for. Os resultados e os benefícios gerados para o povo ficam em segundo plano de análise.

Neste aspecto de ferramenta política e eleitoral da Educação, Saviani (2012) no Prefácio que fez à edição de 42ª edição de sua obra Escola e Democracia, quando aborda sobre as necessidades da educação, redige parte do Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova de 1980 e mostra como o diagnóstico feito à época parece ainda tão atual e desta forma perdura em 2017, “todos os nossos esforços, sem unidade de plano e de espírito de continuidade, não lograram ainda criar um sistema de organização escolar, à altura das necessidades modernas e das necessidades do país.”

Tal situação gera um ciclo vicioso, ineficiente, custoso para o Estado e sem benefícios concretos para o povo. Este último por sinal, padece e tende a padecer, pois se faz necessário à máquina eleitoral que a grande massa permaneça nesta situação para depender de novos programas e assim apoiar o governo que melhor prometem atender as necessidades emergenciais daqueles que de tudo precisam, o tempo todo.

SAVIANI (2012, p. viii), ainda complementa que a principal razão dessa inoperância dos nossos planos de educação dever ser creditada à “cultura política” enraizada na prática de nossos governantes, avessa ao planejamento e movida mais por apelos imediatos, midiáticos e populistas do que pela exigência de racionalidade inerente à ação planejada.

A ideia da utilização desvirtuada das políticas educacionais para interesses que destoam de seus fins constitucionais perpassa por todas as esferas da estrutura educacional, o que gera um sentimento de descrédito integral ao sistema. O direcionamento de

investimentos, bem como a troca de favores políticos e as realocações de cargos de liderança também para este fim são comuns, sendo que a preocupação do diagnóstico das necessidades e do preparo profissional, competências e capacidades, também não são pressupostos para a definição da cobertura destas vagas.

Os efeitos são devastadores e atingem diretamente às comunidades escolares, sobretudo o alunado, que sofre com as inúmeras carências gerada pela distorção da finalidade maior da Educação.

Ao se acessar, na data de hoje, o portal do Mec, site oficial do Ministério da Educação Brasileira, percebe-se no momento, o foco na implementação da proposta de Reforma do Ensino Médio, aprovado pela Medida Provisória nº 746/2016. O site, na justificativa ao questionamento do porquê a reforma foi aprovada por esta espécie legislativa, que denota uma ausência de discussão sobre o assunto pelo Poder Legislativo, constitucionalmente legitimado para esta função, representando a vontade do povo? Responde que é perante o fracasso do ensino médio brasileiro ser um dado da realidade, como demonstram os resultados das avaliações nacionais e internacionais, que se aloja a justificativa ao governo para acelerar a reforma.

O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica, (IDEB) é o principal indicador da qualidade do ensino básico no Brasil. Em uma escala de 0 a 10, sintetiza no índice final a avaliação de dois conceitos, a aprovação escolar e o aprendizado em português e matemática. O Portal do Mec mostra que, na última medição realizada, em 2013 ao analisar a qualidade do ensino médio, apurou pontuação de 3,7, sendo que a meta para o ano era de 3,9 e galga chegar a 2.022 aos 6 pontos.

Depois de uma confissão escandalosa do fracasso do Direito à Educação no Brasil, resta a dúvida dos motivos pelos quais o governo federal permitiu chegar a este ponto de declínio tal sistema?

Salienta-se que talvez a resposta já tenha sido mencionada neste trabalho quando se observa os interesses escusos de minorias que se alojam nas lideranças do governo e que dependem deste fracasso do sistema educacional para manter uma grande parte da população ignorante sobre seus direitos, sob a forma em que seu país é organizado e permaneça assim, sob dependência dos programas eleitoreiros, nos quais a educação está submersa.

O Estado Democrático de Direito pela necessidade da legislação abstrata para concretização dos direitos, sobretudo os Direitos Fundamentais, não acompanha os interesses e as influências que recaem sobre as novas gerações dos indivíduos que formam a sociedade moderna.

A exigência constitucional do Estado prover políticas públicas de atendimento aos direitos sociais encoberta a estrutura corpulenta e ineficiente e burocrática da máquina administrativa estatal.

BAHIA, (2007, p. 30) sobre a não concretização dos direitos fundamentais positivados no Texto Constitucional alerta que

É inegável a candente gama protetiva oferecida ao cidadão e à sociedade brasileira pelo texto constitucional de 1988, embora não menos verdadeira, seja a assertiva de que existe um enorme e quase indevassável abismo entre aquilo que se encontra positivado e aquilo que realmente acaba sendo aplicado nas comunas de nosso País, fato que demonstra, sem sombra de dúvidas, a necessidade urgente de serem implementadas políticas e condutas que tragam uma maior eficácia aos ditames basilares, especialmente nas circunstâncias que digam respeito aos direitos fundamentais do ser humano.

Procura-se detalhar alguns aspectos e fatores que corroboram para a manutenção do *status quo*⁴ da política social para a educação no Brasil.

Sob o aspecto legislativo, na análise da inserção do Direito à educação na legislação brasileira, sobretudo na esfera constitucional, percebe-se uma evolução gradativa de preocupação com este direito, principalmente no viés quantitativo, no sentido de universalização e combate ao analfabetismo. O art. 208, incisos I e II, da Constituição Federal, determinam o ensino obrigatório e gratuito em estabelecimentos públicos para crianças e jovens do ensino fundamental e deixou a aspiração de expandir tal modelo ao ensino médio, já abarcado como séries de aprendizagem englobadas na Educação Básica.

No entanto, o que não se verifica na prática e, ainda que a legislação magna contemple, é a preocupação com a efetivação do direito à educação gratuita e obrigatória de qualidade, com a formação integral dos alunos aos quais atende.

Tratando das dificuldades diárias que afetam o cotidiano das Unidades Escolares, sob o aspecto humano, há que se destacar o distanciamento e a superficialidade que os processos de ensino e aprendizagem atingem os alunos. A era digital gera influxos nesta geração, a ponto de criar a percepção de que é desnecessário e maçante o silêncio e a concentração rotineira e periódica para ouvir uma outra pessoa (profissional) ensinar.

A sensação de liberdade na qual é criada a criança e o adolescente hoje, os fazem sentir na escola, uma prisão. A sede pela liberdade ampla das gerações de pais e avós que viveram durante e no término da ditadura no Brasil, e que foi conquistada com a Constituição Cidadã de 1988, com o afastamento do Estado das relações sociais gerou nas gerações que por estes são criadas, uma noção desvirtuada de liberdade a qualquer custo, interpretada pelos jovens atuais como direito à libertinagem.

4 Grifo nosso

Sob o aspecto pedagógico, dos processos e ferramentas para a transmissão dos conhecimentos, a tecnologia inegavelmente presente na vida do indivíduo da modernidade, ao invés de ser uma ferramenta de trabalho e de auxílio nos processos de ensino e aprendizagem se torna uma forte concorrente para a atenção e interesse do aluno em relação ao trabalho do professor.

A falta de investimentos e de planejamento por um ensino de qualidade e moderno, formador de pessoas modernas, faz com que o ambiente escolar se distancie da realidade e afasta o ensino da contextualização e aplicação da teoria aos casos reais. A reaproximação do ensino com a realidade, com a inserção das ferramentas tecnológicas como instrumento do ensinar torna-se uma necessidade.

Se não há nos bastidores, gestores da alta cúpula da educação preocupados com os problemas que acima foram mencionados, pois de fato, não são estas as preocupações mais pujantes na estruturação e implantação de uma política pública com intuítos populistas, voltada para a educação manipuladora de massa, a permanência do hiato entre o direito à educação idealizado constitucionalmente e o que é entregue diariamente pelo sistema de ensino, torna-se uma previsão realista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encerra-se o presente trabalho considerando que a educação nos países de democracia tardia como é o Brasil, em que os programas sociais para o desenvolvimento e equilíbrio das desigualdades sociais acompanham os interesses políticos para angariar voto, se transformou em mais um instrumento de manipulação de massa, permeado pela sazonalidade dos mandatos políticos, sem a necessária característica da continuidade e consolidação de um programa educacional de estado, preocupado com a paridade e bem comum de seu povo, independente de quem o lidera.

O distanciamento da finalidade determinada pela carta magna para a educação em instituir um sistema de ensino apto à formação integral da pessoa é fator inicial para o afastamento da participação ativa dos jovens e adultos nas decisões de sua sociedade, por falta de conhecimento, gerando a exclusão e a autoexclusão destes indivíduos.

Ainda que se tenha evoluído no aspecto quantitativo para o acesso em massa à rede de ensino, no quesito qualitativo de formação e crescimento intelectual e social dos jovens, percebe-se uma involução, demonstradas nos índices de medição do ensino no Brasil, como IDEB citado neste estudo.

Tal situação torna-se um ciclo vicioso, com vantagens para pequena parcela da

sociedade que se mantém no poder e com alta capacidade aquisitiva. A manutenção de grande parte da população alienada e afastada da realidade social de seu país e das necessidades de seu povo, gera uma população precária, superficial em valores sociais, com diversas deficiências, pois não têm conhecimento de como acessar a gama de direitos que lhe são garantidos constitucionalmente, bem como de realizar corretamente suas obrigações como cidadão.

O direito à educação integral e globalizadora da pessoa humana se consubstancia no caminho para o acesso dos indivíduos à plena cidadania, por meio da informação, do conhecimento e do entendimento do que é a Democracia e o Estado Democrático de Direito, bem como do efetivo papel do cidadão ativo, integrante de uma sociedade em que de fato, o poder emane do povo e em benefício deste.

Por fim, uma vez comprometido o direito à educação, conseqüentemente estarão os demais direitos que promovem a dignidade da pessoa humana e não há que se falar em Democracia efetiva.

BIBLIOGRAFIA

ARENDDT, Hannah. *A CONDIÇÃO HUMANA*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BAHIA, Claudio José Amaral. *A FAMÍLIA COMO FENÔMENO DE IMPORTÂNCIA SÓCIO-JURÍDICA*. In *CONSTITUIÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL*. Bauru, Edite, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *SOBRE EDUCAÇÃO E JUVENTUDE: CONVERSAS COM RICARDO MAZZEO*. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 09.mai.2017.

BRASIL. *LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL. LEI 9.394/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em 09.mar.2017.

BRASIL. *ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. LEI 8.069/1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 09.mar.2017.

BRASIL. *DIRETRIZES CURRICULARES NACIONAIS GERAIS DA EDUCAÇÃO BÁSICA*. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Básica. Diretoria de Currículos e Educação Integral. Brasília: MEC, SEB, DICEI, 2013.

CABRAL, Gabriela. *MUNDO EDUCAÇÃO. PERSONALIDADE*. Disponível em: <http://www.mundoeducação.com/psicologia/personalidade.htm>. Acesso em 13.out.13.

- FERREIRA, Nilda Teves. *CIDADANIA, UMA QUESTÃO PARA A EDUCAÇÃO*. Editora Nova Fronteira, 1993.
- IHERING, Rudolf Von. *A LUTA PELO DIREITO*. Editora Martin Claret, São Paulo, 2002.
- LEBRUN, Gérard. *O QUE É O PODER*. Tradução Renato Janine Ribeiro, Silvia Lara. 11.ed. Coleção Primeiros Passos, São Paulo: Editora Brasiliense, 1991.
- PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi, (orgs). *HISTÓRIA DA CIDADANIA*. 6.ed. São Paulo, Contexto, 2012.
- SANTOS, Ivanildo; POZZOLI, Lafayette (org). *DIREITO E EDUCAÇÃO: fraternidade em ação: uma abordagem interdisciplinar*. 1ªed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.
- SAVIANI, Demerval. *ESCOLA E DEMOCRACIA*. 42.ed. Campinas, Autores Associados, 2012.
- SILVIO, Solange Almeida Holanda. *IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO*. 1ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SOUZA, Lucas Daniel Ferreira. LUCA, Guilherme Domingos. *DIREITO À EDUCAÇÃO: UM PRECEITO FUNDAMENTAL*. Revista Paradigma. A. XVIII, n. 22. P. 80-92. Jan./dez.2013.
- TOLEDO, Claudia Mansani Queda de. *EDUCAÇÃO: uma nova perspectiva para o Estado Democrático de Direito Brasileiro*. 1ªed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.
- ZABALA, Antoni. *ENFOQUE GLOBALIZADOR E PENSAMENTO COMPLEXO. UMA PROPOSTA PAR AO CURRÍCULO ESCOLAR*. trad. Ernani Rosa. Porto Alegre: Artmed,2002.
- ZABALA, Antoni. ARNAU, Laia. *COMO APRENDER E ENSINAR COMPETÊNCIAS*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

AS FACES DA VIOLÊNCIA: UM ESTUDO SOBRE AS MANIFESTAÇÕES DE 2013 NA CIDADE DE SÃO PAULO

Gisele Augusta ANDRÉ¹
Mariana Vargas FOGAÇA²

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar as manifestações que ocorreram em 2013 na cidade de São Paulo, dando-se ênfase a discussão sobre a violência. Inicialmente é feito um breve retrospecto sobre as manifestações que ocorreram em 2013 na capital paulista. Posteriormente, é realizada uma discussão acerca da violência, a qual ocorre com base na análise da atuação policial durante as manifestações e por meio dos principais aspectos referentes a tática Black Bloc. Ao final busca-se determinar as possíveis causas que motivaram as manifestações de 2013 e faz-se uma reflexão sobre a violência nos movimentos sociais. O trabalho foi desenvolvido de acordo com o método indutivo, compreendendo conceitos particulares das manifestações de 2013 na capital paulista, para se deprender conclusões de maior amplitude. Foram empregadas de modo complementar, as técnicas de pesquisa indireta documental e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: manifestações de 2013; São Paulo; violência; polícia; tática Black Bloc.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the 2013 protests in the city of São Paulo, emphasizing a discussion about violence. Initially, it is made a brief retrospect about the protests that occur in 2013 in the city of São Paulo. Subsequently, it is carried out a discussion about violence, which takes place based in the analysis of the police action during the protests and through the main aspects referring to the Black Bloc tactic. In the end, it is sought to determine the possible causes that motivated the 2013 protests and a reflection on violence in social movements is made. The study was developed according to the inductive method, comprising particular concepts of the 2013 protests in the city of São Paulo, to draw conclusions of greater amplitude. There were used in a complementary way, indirect documental and bibliographical research techniques.

KEY-WORDS: the protest 2013; São Paulo; violence; police; Black Bloc tatic.

INTRODUÇÃO

Apesar de os movimentos sociais não serem novidade no cenário político brasileiro, o ano de 2013 representa uma mudança quanto à forma com que estes passaram a ser organizados (ARTIGO 19, 2013, p. 16-18). Desde meados dos anos 1990, os movimentos sociais no Brasil eram organizados majoritariamente por entidades de classe e não contavam com uma expressiva participação popular (ARTIGO 19, 2013, p. 18).

Entretanto, no início do mês de junho de 2013, o Movimento Passe Livre (MPL)

1 Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

2 Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

começa a convocar, na capital paulista, manifestações contrárias ao aumento do valor da tarifa do transporte público. Essas manifestações em princípio não se mostravam expressivas, mas foram adquirindo gradativamente maior projeção, a ponto de se tornarem uma das principais pautas dos tradicionais veículos de comunicação e do meio político.

O presente artigo tem o objetivo de abordar as manifestações que ocorreram especificamente no ano de 2013 na cidade de São Paulo, descrevendo analiticamente a violência que fora empregada pelas forças policiais e a reação, especialmente de uma determinada ala de manifestantes, a tal comportamento. A abordagem desse tema possibilita aferir a opinião dos órgãos públicos e da sociedade de modo geral, com relação aos indivíduos que fazem uso de meios considerados violentos durante as manifestações. Além disso, possibilita saber quais os tratamentos que os poderes públicos estão dispensando a tais indivíduos.

O artigo se estrutura em três partes. Na parte inicial traçamos os principais aspectos referentes às manifestações que ocorreram em 2013 na cidade de São Paulo. Na segunda parte é feita uma discussão sobre a violência e para tanto, são abordados em tópicos distintos, a atuação policial nas manifestações de 2013 e os tópicos controversos sobre a tática Black Bloc. Na terceira e última parte, faz-se uma conclusão na qual é exposta uma possível causa para a eclosão das manifestações e uma breve reflexão sobre a questão da violência no contexto das manifestações de 2013.

O desenvolvimento do trabalho foi pautado no método indutivo, partindo de dados particulares acerca das manifestações de 2013 na capital paulista, para se inferir conclusões de caráter geral acerca da mesma. Com relação à técnica de pesquisa, foram utilizadas de modo complementar a indireta documental e bibliográfica.

1 UM BREVE RETROSPECTO DAS MANIFESTAÇÕES OCORRIDAS NO ANO DE 2013

Segundo Castells (2013a, p. 11), as maiores preocupações do mundo nos últimos tempos diziam respeito a questões de ordem econômica e política. Assim, ainda que a eclosão de movimentos sociais parecesse algo impensável, estes se tornaram factíveis. O estopim dessa onda de revoltas global foi verificado em 2009 na Islândia e chegou à Tunísia no ano seguinte, dando início a uma série de manifestações que ficaram conhecidas como Primavera Árabe.

Para Castells (2013a, p. 12), não é possível atribuir tais manifestações exclusivamente à falta de democracia, à pobreza e às dificuldades econômicas, embora todos

esses elementos contribuam para a ocorrência desses levantes. Na concepção do autor, para compreender as causas das manifestações é necessário ir além, e considerar que o substrato das sociedades é constituído pelo medo, que corresponde a um importante sentimento para que se verifique o processo de dominação social. A superação desse sentimento apenas é possível por meio de outro igualmente forte: a indignação (CASTELLS, 2013b).

Por meio desse processo, nasce o sentimento de solidariedade ou a capacidade de superar a indignação individual e passar para a ação coletiva (CASTELLS, 2013b). Entretanto, é imperativo considerar que cada sociedade apresenta uma conjuntura política e social distinta, o que irá implicar diferentes causas de indignação.

Fazendo um recorte espaço-temporal e considerando as ideias de Castells, tem-se que, em princípio, a causa de indignação que provocou uma série de manifestações na cidade de São Paulo durante o ano de 2013, foi a elevação do valor da tarifa do transporte público. Em razão desse evento, o MPL convoca para o dia 6 de junho o primeiro de vários atos contrários a esse aumento.

O primeiro ato teve seu início às 18 horas do dia 6 de junho e seguiu um trajeto já clássico nas manifestações de rua da capital paulista; isto é, partiu do Teatro Municipal, passando pelo prédio da Prefeitura e deste ponto, seguindo para o Vale do Anhangabaú e, posteriormente, para a Avenida 23 de Maio, uma das principais vias da capital paulista (JUDENSNAIDER et al., 2013, p. 28-29). Em razão desse ato, houve o fechamento de estações de metrô e casos de depredações (GOHN, 2014b, p. 19). Tal ato terminou com confrontos entre manifestantes e policiais além de haver provocado um saldo de 15 detenções e 10 feridos (GOHN, 2014b, p. 19).

Na manhã do dia 7 de junho, os principais veículos de comunicação do Brasil trouxeram uma cobertura de viés preponderantemente negativo do primeiro ato organizado pelo MPL (JUDENSNAIDER et al., 2013, p. 32). Tais coberturas denotam uma desqualificação das manifestações, equiparando-as a atos de vandalismo praticados por grupos extremistas e politicamente interessados (JUDENSNAIDER et al., 2013, p. 32-33). Segundo estudo realizado pelo coletivo Muitas Vozes (2014, p. 73-74), esse posicionamento por parte da mídia de massas perdurará durante todo o período inicial das manifestações. E é nesse contexto que o MPL convoca seu segundo ato. Esse ato reuniu cerca de 5 mil pessoas e chegou a ocupar por alguns minutos uma das pistas da Marginal Pinheiros, terminando sem incidentes significativos de violência (JUDENSNAIDER et al., 2013, p.37-38).

Nos dias seguintes, a imprensa busca reforçar sua tese de vandalismo. No terceiro ato realizado no dia 11 de junho são verificados cerca de 15 mil manifestantes, o maior número

até então. A manifestação desse dia partiu da Avenida Paulista e se dirigiu ao Terminal Parque Dom Pedro, de onde retornou ao ponto de partida (JUDESNAIDER et al., 2013, p.62). Durante o trajeto, e diferentemente da manifestação anterior, foram verificados casos de agressões policiais. Conforme Gohn (2014b, p. 20), houve 19 detidos e cerca de 100 pessoas ficaram feridas, entre elas manifestantes, jornalistas e policiais. Ainda, ônibus foram queimados além de bancos e vitrines haverem sido depredados.

Em razão desses acontecimentos, a grande imprensa do país advoga por uma atuação mais incisiva da polícia no quarto ato convocado pelo MPL. Esse ato ocorreu no dia 13 de junho e reuniu, segundo dados fornecidos pela Polícia Militar do Estado de São Paulo³, cerca de 5 mil pessoas.

A concentração para esse ato ocorreu por volta das 17 horas em frente ao Teatro Municipal, sendo realizada próxima a essa localidade uma barreira policial na qual cerca de 40 manifestantes foram detidos (JUDESNAIDER et al., 2013, p. 94). Entre os motivos para tais detenções está o porte de vinagre, que era utilizado pelos manifestantes a fim de minimizar os efeitos provocados pelo gás lacrimogênio (JUDESNAIDER et al., 2013, p. 94). Também é de se ressaltar que nesse período que antecedeu o início da manifestação, já havia um grande efetivo policial realizando abordagens e revistando os transeuntes sem qualquer critério aparente. Situações como essa contrariam o disposto no artigo 244 do Código de Processo Penal, haja vista que as abordagens policiais, por significarem uma invasão de privacidade devem ser realizadas apenas quando houver fundada suspeita (ARAÚJO, 2008, p. 16-17).

Após ser efetivamente iniciado o quarto ato, os manifestantes seguem pela Avenida Ipiranga rumo à Rua da Consolação (JUDESNAIDER et al., 2013, p. 94). Entretanto, o trajeto é interrompido em razão de uma nova barreira policial. Nesse ínterim, relatam Judensnaider e outros (2013, p. 94-95), que sem qualquer motivo aparente a Tropa de Choque surge fazendo um uso desmedido e arbitrário da força, concretizando, assim, as prescrições feitas anteriormente pela grande imprensa nacional. Quanto a esse episódio, a polícia paulistana argumenta que assim agiu porque os manifestantes descumpriram a ordem de não ocupar a Avenida Paulista (GOHN, 2014b, p. 21).

Por seu turno, a ONG Artigo 19 (2013, p. 20-21) declara que essa manifestação provavelmente foi a que apresentou os maiores índices de repressão policial durante todo o mês de junho de 2013. As cenas de policiais perseguindo manifestantes, de manifestantes,

3 Informações obtidas por meio de solicitação feita com base na Lei 12.527/2011 (Lei de acesso à informação) a Polícia Militar do Estado de São Paulo.

jornalistas e transeuntes sendo espancados de forma gratuita ou alvejados por balas de borracha foram amplamente divulgadas e contribuíram para mobilizar um maior número de indivíduos, não só na cidade de São Paulo, mas em todo o Brasil (BEZERRA; GRILLO, 2014, p. 201).

Como decorrência desse apoio popular às manifestações, os tradicionais veículos de comunicação modificaram seus posicionamentos, que nem de longe podem ser assemelhados às coberturas que em princípio, cabalmente condenavam as manifestações⁴. Nesse sentido, Lima (2013, p. 164-165) salienta que houve uma transformação da noite para o dia, como forma de atrair o público e tentar influenciar nas manifestações, inclusive, no que tange às suas pautas.

É nesse contexto que ocorre no dia 17 de junho o quinto ato convocado pelo MPL. Esse ato reuniu cerca de 65 mil pessoas em diferentes pontos da capital paulista e apresentou como particularidade uma ampliação na pauta de reivindicações. Se anteriormente a pauta reivindicatória girava exclusivamente em torno da redução do valor tarifa do transporte público, a partir dessa manifestação ela passou a abranger reivindicações de natureza diversificada e abrangente (JUDENSNAIDER et al., 2013, p. 162-164). Conforme Ortellado (2016a), as manifestações de junho de 2013 se caracterizam pelo engajamento da sociedade brasileira na defesa dos direitos sociais e pela crítica ao sistema de representação política.

A manifestação do dia 17 transcorreu sem registro de atos de desobediência civil, com exceção do episódio no qual um grupo de manifestantes, já ao final do ato, tenta forçar sua entrada no Palácio Bandeirantes, sendo impedidos pelas forças policiais (JUDENSNAIDER et al., 2013, p. 164-165). No que tange à polícia, Judensnaider e outros (2013, p. 164) afirmam que esta não chegou a acompanhar a manifestação de forma próxima e, ao contrário do que se viu nos atos anteriores, não houve detenções, feridos e depredações.

No dia seguinte, a imprensa enfatiza a dimensão das manifestações que ocorreram no dia 17, assim como, a expansão da pauta reivindicatória. Uma pesquisa feita pelo Instituto Datafolha (2013) no dia 18 de junho traduz em números a opinião dos brasileiros acerca das manifestações que estavam ocorrendo nos últimos dias. Segundo a pesquisa, o percentual de

4 Entre as mudanças de comportamento dos veículos de comunicação, o episódio protagonizado pelo apresentador da Rede Bandeirantes José Luiz Datena, pode ser considerado um dos mais emblemáticos. Com o objetivo de fazer uma cobertura supostamente baseada na opinião pública, o apresentador formula a seguinte enquete: “Você é a favor desse tipo de protesto?” (VIANA, 2013, p. 97). Com essa questão Datena buscava saber se os telespectadores eram favoráveis às manifestações com vandalismo. O apresentador ficou surpreso quando constatou que o número de simpatizantes era superior ao número daqueles que se mostravam contrários. Dessa forma Datena afirma o seguinte: “Será que formulamos mal a pergunta? Você é a favor de protesto com baderna?” (VIANA, 2013, p. 97). Mais uma vez os resultados o surpreendem e ele se vê forçado a modificar seu posicionamento para agradar seu público.

entrevistados que apoiavam as manifestações correspondia a 77%, ao passo que 18% se declararam contra. Ainda, 5% se mostraram indiferentes e 1% não soube responder.

É nesse clima de apoio popular que o MPL convoca para a tarde do dia 18 de junho o seu sexto ato, no qual se fizeram presentes cerca de 50 mil pessoas (JUDENSNAIDER et al., 2013, p. 198). Para Gohn (2014b, p. 22), nesse dia a cidade de São Paulo vivenciou novamente alguns momentos de caos, visto que a manifestação que se iniciara tranquila terminou com o retorno da Tropa de Choque. Nesse dia foram registradas 47 prisões, lojas foram saqueadas, bancos depredados, a fachada do Teatro Municipal pichada e o funcionamento de linhas do metrô suspenso (GOHN, 2014b, p. 22). Além disso, a atuação de adeptos da tática dos Black Bloc motivou uma ampla cobertura por parte da imprensa (GOHN, 2014b, p. 22).

No dia 19, após várias cidades brasileiras já terem decretado a redução do valor da tarifa do transporte público, o prefeito de São Paulo Fernando Haddad (PT) e o governador Geraldo Alckmin (PSDB) convocam para o final da tarde uma entrevista coletiva, com o objetivo de anunciar a redução do valor da tarifa na capital paulista.

Esse anúncio, que atendeu a reivindicação das ruas, *a priori* poderia induzir o término das manifestações na cidade de São Paulo. Porém, o dia 20 de junho contrariou de forma contundente essa expectativa, haja vista que nesse dia foi realizado o sétimo ato, que só na capital paulista reuniu cerca de 100 mil pessoas. Segundo Gohn (2014b, p. 18), esse ato representa um marco divisório em razão de a Copa das Confederações – que estava ocorrendo no Brasil – adquirir maior visibilidade e haver um deslocamento do foco das atenções, que até aquele momento estava concentrado na cidade de São Paulo. Magalhães e Queijo (2015) afirmam que nesse dia “as manifestações se alastraram ainda mais pelo país, e o número de pessoas às ruas atinge seu ápice”.

No dia seguinte a essa data, que foi classificada pelo coletivo Muitas Vozes (2014, p. 9) como “simbólica”, o MPL anuncia que não convocaria mais novas manifestações. Essa saída de cena do maior articulador das manifestações até aquele momento poderia representar o fim das mesmas. Entretanto, diversos atos deram sequência aos acontecimentos iniciados no mês de junho. Embora, como foi salientado por Gohn (2014b, p. 25), tenha ocorrido uma mudança quanto à forma de atuação.

As manifestações que sucederam as realizadas em junho foram convocadas principalmente por categorias específicas a exemplo da União Nacional dos Estudantes (UNE) e do Movimento dos Sem Terra (MST). Tais manifestações denotam uma reação de setores que possuem tradição nos movimentos sociais, mas que até aquele momento não

havia encontrado grande visibilidade. Essa falta de destaque pode ser atribuída à estrutura organizacional do MPL, que segundo Dowbor e Szwako (2013) é pautada na horizontalidade e apartidarismo.

Nessa nova fase, os veículos de comunicação fornecem maior destaque às ações praticadas por adeptos da tática Black Bloc. Como expõe Solano (2014, p. 58):

Os jovens [que] defendem a tática Black Bloc como uma forma de manifestação [utilizam] [...] uma violência performática com a intenção de provocar uma reação social e institucional. A violência é considerada por eles uma forma de expressão, de diálogo, com um poder silencioso e alheio, que não atende as reivindicações feitas de forma pacífica.

Esse emprego da violência por parte dos adeptos da tática Black Bloc motivou diversas críticas e foi, inclusive, motivo para criminalização. E é com esse pano de fundo que o ano de 2013 finda, apesar de as manifestações que nele foram iniciadas haverem se prolongado – ainda que de diferentes formas e por diferentes motivos – até 2014, evidenciando, assim, que junho foi apenas um início.

2 VIOLÊNCIA

Um dos aspectos que estimulou discussões e dividiu posicionamentos durante as manifestações de 2013 na cidade de São Paulo, foi a utilização da violência. Todavia, a utilização desse meio não é algo sem precedentes ressaltando Gohn (2014a, p. 433) que “a violência sempre esteve presente na história dos movimentos sociais do Brasil”. Segundo a autora, a grande novidade das manifestações de 2013 foi a utilização da violência por duas vias: a policial, que em certas circunstâncias fez uso de uma repressão excessiva e a violência simbólica presente na tática Black Bloc.

Nos tópicos seguintes discutir-se-á a atuação policial nas manifestações de 2013, buscando-se elencar quais foram as principais violações cometidas. Também, será dedicado um tópico para abordar especificamente sobre a tática Black Bloc, sendo apresentados os seus principais aspectos.

2.1 Atuação policial

Segundo a ONG Conectas Direitos Humanos (2016a), o Estado de São Paulo vem praticando desde o ano de 2013 repressões sistêmicas às manifestações. Tais ações são colocadas em prática, principalmente, por meio da Polícia Militar que corresponde ao braço armado do Estado. Abordando especificamente a atuação policial nas manifestações de 2013 na capital paulista, infere-se que estas foram marcadas por abusividades de diferentes naturezas podendo-se, inclusive, dividi-las em: anteriores e concomitantes às manifestações.

Como ações anteriores tem-se a proibição prévia, legal ou não, de utilizar ou portar determinados itens (ARTIGO 19, 2013, p. 26). Entre os itens que foram proibidos estão o vinagre, mochilas e máscaras que, segundo os órgãos de segurança pública, seriam meios que possibilitariam o anonimato e a ocorrência de episódios de violência em manifestações. A ONG Artigo 19 (2013, p. 117-118) afirma que durante as manifestações de junho em São Paulo, a polícia prendeu inúmeros manifestantes em razão de estarem portando vinagre, embora não exista qualquer ilegalidade no porte dessa substância. A mesma ONG também ressalta que em algumas manifestações a ordem era deter aqueles que estivessem portando mochilas. Porém, a situação mais alarmante envolveu o uso de máscaras.

A partir do momento em que houve a intensificação das manifestações pelo Brasil, surgiram diversas propostas legislativas que visavam a criminalizar o uso de máscaras durante esses eventos (ARTIGO 19, 2013, p. 55). Em São Paulo especificamente, foi proposto pelo Deputado Campos Machado (PTB) o Projeto de Lei nº 50 de 2014, que no mesmo ano foi convertido na Lei nº 15.556. O artigo 2º da mencionada Lei visando a assegurar que ninguém faça uso do anonimato durante as manifestações, proíbe a utilização de máscaras ou de qualquer outro meio que impeça ou dificulte a identificação do indivíduo.

No que tange às arbitrariedades concomitantes às manifestações, tem-se uma lista mais extensa, na qual está compreendida a utilização de armamentos letais e a utilização excessiva dos armamentos de baixa letalidade. Conforme a ONG Artigo 19 (2013, p. 105) os principais armamentos de menor letalidade utilizados durante as manifestações foram o spray de pimenta, o cassetete, balas de borracha, bomba de gás lacrimogêneo e bombas de efeito moral. Entretanto, como ressaltado pela ONG, a polícia fez um uso indiscriminado desses mecanismos a ponto de manifestantes, jornalistas e transeuntes ficarem gravemente feridos ou sofrerem danos físicos irreversíveis⁵.

5 A repórter Giuliana Vallone foi atingida no dia 13 de junho de 2013 por uma bala de borracha no olho direito. Ela afirma que o policial responsável pelo disparo a viu, mas ainda assim atirou contra ela. Segundo os médicos, os óculos que a repórter utilizava aliviaram o impacto, de modo que Giuliana não perdera a visão. Diferentemente do fotógrafo Sérgio Silva, que na mesma manifestação fora atingido por uma bala de borracha no olho esquerdo vindo a perder definitivamente a visão desse olho (ANISTIA INTERNACIONAL, 2014, p. 8-9).

A Anistia Internacional (2015), por seu turno, afirma que as armas de menor letalidade, quando utilizadas por profissionais capacitados, mostram-se bastante eficientes, entretanto, alerta que o uso inadequado desses equipamentos pode provocar efeitos nocivos e até mesmo letais. Ademais, a ONG Conectas Direitos Humanos (2016b) salienta que no Brasil inexistia uma legislação que regulamente a utilização desses armamentos havendo, apenas, os chamados POPs (Procedimentos Operacionais Padrão) da Polícia Militar, que se caracterizam por serem sigilosos e editados pelos próprios órgãos policiais sem qualquer tipo de participação social.

Outra violação cometida pela polícia durante as manifestações de 2013 foram as detenções para averiguação (ARTIGO 19, 2013, p. 117). Essa prática, que consiste em levar o indivíduo à força para a delegacia, para ali apurar a materialidade ou autoria do delito, era admissível antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, visto que esta estabeleceu em seu artigo 5º, LXI que ninguém pode ser preso, exceto em casos de flagrante ou por meio de ordem escrita e fundamentada de autoridade competente. As prisões efetuadas em desacordo com esse preceito constitucional configuram “crime de abuso de autoridade” (NUCCI, 2014, p. 54).

A ONG Conectas Direitos Humanos (2013) expõe que durante a manifestação do dia 13 de junho, a polícia paulistana realizou uma das ações mais violentas desde o término da ditadura militar. Segundo a ONG, nessa noite a polícia perseguiu, prendeu e agrediu indiscriminadamente manifestantes, jornalistas e transeuntes.

Aliado a isso, a Artigo 19 (2013, p. 92) expressa que muitos policiais que atuaram nas manifestações de 2013, não estavam devidamente identificados, isto é, com o nome e graduação afixados à farda. Esse tipo de situação, além de violar o artigo 112 do Regulamento de Uniformes da Polícia Militar do Estado de São Paulo, também dificulta a apuração e responsabilização dos agentes que extrapolaram os limites da legalidade (ARTIGO 19, 2013, p. 92-94). Essa situação se mostra contraditória, haja vista que o mesmo Estado que criminaliza o anonimato, se utiliza do mesmo para reprimir manifestantes.

Os relatos de policiais infiltrados nas manifestações e incitando a violência são numerosos (ARTIGO 19, 2013, p. 135). Conforme a Artigo 19 (2013, p. 135), o serviço de inteligência da Polícia Militar possui como hábito colocar policiais à paisana no meio dos manifestantes. Esses policiais por vezes incentivaram os manifestantes a praticarem atos violentos ou mesmo desencadearam ações violentas, de modo, a legitimar uma ação repressiva (ARTIGO 19, 2013, p. 135).

Também foram argumentos utilizados pelas forças policiais, na tentativa de legitimar

suas ações, a liberação das vias públicas e a proteção do patrimônio público e privado. É inconteste que essas ações possibilitam o exercício dos direitos fundamentais de liberdade de locomoção e direito de propriedade. Porém, como exposto por Dimoulis e Martins (2014, p. 177), tem-se que as Constituições modernas, visando a salvaguardar direitos da coletividade, estabelecem limites aos interesses individuais. Os mencionados autores entendem que a proporcionalidade é um mecanismo constitucional que visa a avaliar a legitimidade de intervenções estatais a um direito fundamental. Essa avaliação considera a licitude ou não dos fins pretendidos e a adequação e utilidade de se limitar um direito fundamental.

No contexto das manifestações de 2013 na capital paulista, as forças policiais, ao optarem pelo uso da força e de armamentos de baixa letalidade para desobstruir vias públicas e proteger o patrimônio, não agiram com a devida proporcionalidade, visto que dessa forma colocaram em risco a integridade física e a vida de manifestantes e transeuntes.

O último item que integra a lista dos acontecimentos concomitantes às manifestações foi a desproporcionalidade entre o número de manifestantes e o efetivo policial, sendo que em alguns casos o número de policiais presentes nas manifestações era próximo ou até mesmo superior ao número de manifestantes (ARTIGO 19, 2013, p. 111). Essa diferença numérica torna-se mais expressiva considerando que os policiais encontram-se fortemente armados, enquanto os manifestantes em sua maioria não dispõem de meios materiais que garantam a sua proteção pessoal (ARTIGO 19, 2013, p. 111). Além da desproporcionalidade do efetivo policial, a presença da Tropa de Choque e da Cavalaria, que deveriam ser recursos utilizados como *ultima ratio*, são motivos mais que suficientes para fomentar o medo e a tensão durante as manifestações.

Dessa forma, como afirmado por Cubas e Natal (2013): “Em uma democracia, a polícia precisa estar preparada e treinada para lidar com manifestações”, visto que o exercício efetivo dos direitos constitucionais de liberdade de expressão, direito de reunião e direito de associação são condicionados ao atendimento desses fatores.

2.2 Tática Black Bloc

Dupuis- Déri (2014, p. 10) entende que a tática Black Bloc “consiste em formar um bloco em movimento no qual as pessoas preservam o seu anonimato, graças, em parte, às máscaras e roupas pretas”.

Falar sobre essa tática não é uma tarefa fácil, em razão do forte senso comum que cerca esse tema. Esse senso comum pode ser atribuído em grande medida aos oligopólios midiáticos que se encarregam de produzir rapidamente uma divisão entre manifestantes

pacíficos e violentos. Os manifestantes classificados como violentos são compreendidos como criminosos e, portanto, aptos a terem seus direitos neutralizados, além de serem vistos como componentes de um coletivo a ser desestruturado, algo que no caso dos Black Blocs constitui um erro como será abordado mais à frente (CORREA, 2014, p. 175).

Não se sabe ao certo em qual contexto específico surgiu o termo Black Bloc. O que se sabe com certeza é que essa tática surgiu na Alemanha Ocidental no início de 1980 (DUPUIS- DÉRI, 2014, p. 40-42).

No Brasil, é possível detectar a tática Black Bloc desde os anos 2000, porém, sua notoriedade só foi ocorrer a partir das manifestações de 2013. Como afirmado por Fiuza (2014, p. 40), é difícil estabelecer o motivo que levou a tática Black Bloc a atingir projeção apenas naquele ano. No entanto, é fato que os adeptos da tática se fizeram presentes – ainda que sem grande expressão – desde o início das manifestações de junho de 2013, mas foi a partir do mês de agosto quando houve a intensificação das lutas e demandas de categorias específicas, que essa tática passou a ser abordada pelos principais veículos de comunicação do país e pelos órgãos de segurança pública, sendo que em ambos os casos essa abordagem era majoritariamente depreciativa.

Muitas das críticas que foram dirigidas à tática refletiam um desconhecimento acerca da mesma, o que, conseqüentemente, favorece as formas equivocadas de se lidar com esse fenômeno.

Como primeiro sinal de desconhecimento tem-se, principalmente, que os órgãos públicos e os tradicionais veículos de comunicação partiram da premissa de que o Black Bloc constitui um coletivo. Logo, buscava-se identificar e reprimir aqueles que supostamente seriam os líderes do movimento. Entretanto, Solano (2014, p. 67) esclarece que o Black Bloc não é um grupo, mas uma tática que pode ser compartilhada por qualquer indivíduo. Essa tática pode ser caracterizada pela efemeridade, haja vista ser formada por indivíduos durante uma marcha ou manifestação (DUPUIS- DÉRI, 2014, p. 10).

Segundo Dupuis- Déri (2014, p. 64-65), o Black Bloc age com base nos princípios da tradição anarquista, como liberdade e igualdade. A prática de assembleias gerais e a ausência de estruturas hierárquicas são alguns dos resultados dessa influência. O autor também ressalta que a ausência de hierarquia não impede que os líderes informais surjam, visto ser essa uma das conseqüências naturais de todo agrupamento humano. Porém, no caso da tática Black Bloc, não é possível utilizar esse poder informal para atingir posições de autoridade.

Outro elemento que motivou críticas ou que gerou certa incompreensão foi o uso de

roupas de pretas e de máscaras. Com relação a estas últimas houve, inclusive, uma criminalização⁶. Na ótica do observador o uso desses itens é uma forma de diferenciar os adeptos dessa tática dos demais indivíduos, mas para os adeptos da tática é uma forma de dificultar a identificação policial e diluir as individualidades, visto que o importante não só os indivíduos, mas sim os ideais por eles compartilhados (SOLANO, 2014, p. 65-66).

Todavia, possivelmente foi o uso violência simbólica a maior causadora de críticas dirigidas a tática Black Bloc. A violência empregada por essa tática pode ser denominada como ação direta e se caracteriza por ser performática, pois deseja provocar uma reação de cunho social e institucional (SOLANO, 2014, p. 58). A violência é considerada uma forma de comunicação, que expressa a descrença nas instituições públicas e nas formas clássicas de manifestação (SOLANO; ALCAPADINI, 2014, p. 46).

Com relação à violência, é importante salientar que ela é dirigida contra coisas ou bens. Conforme os adeptos da tática, “atacar símbolos do capitalismo não pode ser considerado um ato violento, pois a verdadeira violência contra a população é praticada pelo sistema político e corporativo” (SOLANO, 2014, p. 27). Dessa forma, os Black Blocs não atacam pessoas ou pequenos comércios, seus alvos são os símbolos do capitalismo global, de modo que, para os adeptos da tática, “o alvo é a mensagem” a ser transmitida (DUPUIS-DÉRI, 2014, p. 98).

Os próprios adeptos da tática são enfáticos em ressaltar que os indivíduos que de alguma forma ofendem a integridade física de outrem, praticam delitos ou agem com o intuito de danificar pequenos patrimônios, não possuem relação com o Black Bloc até mesmo porque, não compreendem os fundamentos defendidos por essa tática (SOLANO, 2014, p. 56). Logo, a utilização de roupas pretas e o uso de máscaras não constituem elementos suficientes para a verificação da tática Black Bloc. Isso por sua vez, demonstra que muitas ações que são consideradas condenáveis pela sociedade e cuja autoria foi atribuída aos adeptos dessa tática ocorreram de forma indevida. Situações dessa natureza servem para corroborar a tese de que há certo desconhecimento em torno dessa tática, o que contribui para os posicionamentos negativos dirigidos a mesma.

Esses posicionamentos negativos ficaram demonstrados em outubro de 2013, por meio de pesquisa realizada pelo instituto Datafolha (apud FOLHA DE SÃO PAULO, 2013). Conforme os dados obtidos na pesquisa, o percentual de paulistanos contrários à tática Black Bloc era equivalente a 95%. Esse percentual elevado pode ser atribuído à violência simbólica praticada pela tática.

6 Ver item 3.1

Conforme Gohn (2014b, p. 59-60), a violência – que fora intensificada a partir do mês de julho de 2013 – retirou a legitimidade das manifestações, afastou a massa de indivíduos das ruas e provocou um isolamento dos ativistas. A relação feita pela autora entre a violência simbólica praticada pela tática Black Bloc e a perda de legitimidade dos movimentos, reflete o pensamento compartilhado por um grande número de brasileiros, visto que as manifestações que não são realizadas nos moldes daquilo que a sociedade brasileira convencionou como sendo pacífico, não costumam apresentar grande aceitação.

Assim, tem-se que a forma de atuação da tática Black Bloc gera certa incompreensão ou em situações mais extremas possui condições de desencadear um sentimento de aversão. Em contextos como esse, a repressão operada pelos órgãos de segurança pública e pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ainda que abusiva, não é encarada de forma aviltante. As ações nesse sentido são entendidas como necessárias, para controlar um distúrbio que está afetando a ordem social.

Considerando que a temática Black Bloc é permeada pelo senso comum, os indivíduos que optam por analisar esse fenômeno tornam-se vulneráveis a críticas (SOLANO, 2014, p. 13). Como produtos desse processo analítico podem surgir posicionamentos de diferentes naturezas, porém, mais importante do que ser contrário ou favorável a tática Black Bloc é saber que esta corresponde a um fenômeno social, e como lhe é inerente possui condições de proporcionar um maior entendimento acerca da realidade social a qual estamos inseridos.

Por fim, é importante salientar, que a verificação desse entendimento só é possível quando o observador está predisposto a conhecer, ainda que de forma superficial, os principais aspectos referentes a essa tática, caso contrário o que será constatada é uma criminalização baseada no desconhecimento e na aversão as formas de manifestações, que por não atendem ao critério da pacificidade.

CONCLUSÃO

Em junho de 2013 deu-se início na capital paulista a uma série de manifestações. Em uma primeira análise poderia se dizer que a causa inicial das manifestações foi o aumento do valor da tarifa do transporte público e, posteriormente, reivindicações de ordem social. Entretanto, ao se fazer uma segunda análise é possível inferir que as causas das manifestações de 2013 não são muito distintas daquelas que ocorreram em 2014, 2015 e em 2016. Figurando entre tais causas se verifica uma crise de representatividade.

Essa crise se faz presente nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. No caso

dos dois primeiros, Ortellado (2016b) expõe ser esta uma crise já bastante antiga e que ganhou maiores proporções nos últimos tempos. As manifestações de 2013 na cidade de São Paulo contribuíram para colocar em evidência a insatisfação popular com os representantes políticos nas esferas municipal, estadual e federal.

As críticas provenientes das ruas e que foram dirigidas aos Poderes Legislativo e Executivo, se mostram maiores quando comparadas a aquelas remetidas ao Poder Judiciário. Entretanto, o fato de o Judiciário haver recebido um menor número de críticas durante as manifestações, não significa que sua postura durante as mesmas tenha sido exemplar. Segundo estudo realizado pela Artigo 19 (2015, p. 91), o Judiciário atuou em diversas situações chancelando as arbitrariedades perpetradas pelo Legislativo e Executivo. Essa chancela ocorreu por meio do acolhimento de processos baseados em acusações frágeis e pela demora em se emitir um posicionamento relativo a criminalização e as abusividades que estavam sendo perpetradas pelo Estado (ARTIGO, 2015, p. 91)

Considerando as manifestações de 2013 na capital paulista percebe-se que estas foram marcadas pela violência. Fácil seria formular argumentos condenando a utilização de meios violentos durante as manifestações, independente de estes haverem sido praticados por policiais ou por manifestantes. No entanto, essa análise da violência não pode proceder de forma dissociada do contexto em que ela ocorreu. Como contexto, não se deve entender apenas os aspectos espaço-temporais, mas também, as já antigas deficiências enfrentadas no processo de se garantir efetividade e eficiência aos direitos sociais, bem como, a crise da representatividade anteriormente exposta.

O aumento de R\$ 0,20 centavos no valor da tarifa do transporte público foi apenas o meio que trouxe esse contexto à *baila*, tanto o foi, que passadas as primeiras manifestações, que tinham uma pauta centrada na questão do transporte, ocorreram atos com pautas reivindicatórias de maior amplitude. Esses atos desde o início foram acompanhados pelas forças policiais que atuaram em diversas circunstâncias de forma abusiva. Poder-se-ia afirmar que a atuação da Polícia foi uma resposta ao comportamento violento apresentado por determinadas alas de manifestantes, especialmente os adeptos da tática Black Bloc. Todavia, antes de se fazer tal afirmação é mister examinar o entendimento de Safatle sobre a violência.

O mencionado autor (2010, p. 242) entende, que nem toda a violência se equivale havendo uma distinção entre violência e contraviolência. No que tange a esta última, ela é verificada quando o Estado age de forma arbitrária, o que confere aos indivíduos a prerrogativa de adotarem comportamentos tendentes a repelir as agressões estatais. Em situações como essa, na qual é verificado um Estado ilegal, Safatle (2010, p. 245-246)

ressalta, que todas as ações praticadas pelos indivíduos e que visam a cessação das tais ilegalidades, são consideradas legítimas, até mesmo porque, o direito de rebelião é considerado uma das prerrogativas da tradição política moderna.

Amparando-se no entendimento de Safatle acerca da violência infere-se que a atuação dos manifestantes, inclusive dos adeptos da tática Black Bloc podem ser compreendidas como uma reação as arbitrariedades perpetradas pelo Estado, mais especificamente pelo Estado de São Paulo. Tais arbitrariedades compreendem práticas anteriores as manifestações, como é o caso da deficiência dos serviços públicos e os escândalos que levam muitos indivíduos a não se sentirem devidamente representados no plano político. Aliado a isso, tem-se a violência que fora perpetrada durante as manifestações, principalmente, por policiais militares.

No que se refere aos policiais militares, é necessário fazer uma ressalva. Esses indivíduos fazem parte de uma instituição que possui entre outras características, a hierarquia. Assim é preciso considerar que possivelmente, muitos dos policiais que agiram nas manifestações de 2013 e que cometeram abusos estavam apenas cumprindo ordens. Portanto, uma questão que merece ser mais debatida pelos órgãos de segurança pública e pela própria sociedade, diz respeito a forma pela qual é estruturada a Polícia Militar, visto que essa estruturação influencia no modo que o policial irá tratar os cidadãos, independente de tratar-se ou não do contexto de um movimento social.

Contudo, entende-se que as manifestações que ocorreram em 2013 na capital paulista são acontecimentos complexos, em razão de envolverem discussões de ordem política e social. No que tange a violência, essa complexidade se torna ainda maior em função da mesma ser geralmente analisada, de modo apartado do contexto em que ocorre. Ademais, é de se ressaltar que os acontecimentos iniciados em junho 2013 influenciaram nas manifestações que ocorreram nos anos subsequentes. Dessa forma, não é exagero afirmar, que junho de 2013 ainda se mostra idôneo a produzir efeitos no plano fático.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. **Armas “menos letais” podem matar e serem usadas pela polícia para tortura.** Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/armas-menos-letais/>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Eles usam uma estratégia de medo:** proteção do direito ao protesto no Brasil. Disponível em: <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Eles-usam-uma-estrategia-de-medo-Protecao-do-direito-ao-protesto-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

ARAÚJO, Júlio Cesar Rodrigues de. **Abordagem policial:** conduta ética e legal. 2008. Trabalho de conclusão de curso. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/caocrim/publicacoes/abordagempolicial.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

ARTIGO 19. **As ruas sob ataque:** protestos 2014 e 2015. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B91LK4RQx5DadVZrUmNqaHlMU2M/view?pref=2&pli=1>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

_____. **Protestos no Brasil 2013.** Disponível em: <<https://www.ufmg.br/proex/cpinfo/cidadania/wpcontent/uploads/2014/06/Protestos-no-Brasil-2013.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

BEZERRA, Arthur Coelho; GRILLO, Carolina Christoph. Batalha nas ruas, guerra nas redes: notas sobre a cobertura midiática da violência em manifestações. **Liinc em revista.** Rio de Janeiro, v.10, n.1, p. 195- 210, maio 2014. Disponível em: <<http://liinc.revista.ibict.br/index.php/liinc/article/view/695>>. Acesso: 4 maio 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto- Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 18 ed. São Paulo: Rideel, 2014

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança:** movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2013a.

_____. Redes de indignação e esperança. Produção: Telos cultural. Porto Alegre: 1 vídeo; 2013b. (19 min.). son., color. Disponível em: <<http://www.fronteras.com/videos/redes-de-indignacao-e-esperanca>>. Acesso em: 11 maio 2016.

CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. **Controle da polícia.** 2016a. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/41534-controle-da-policia>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Limites à repressão.** 2016b. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/43616-limites-a-repressao>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Relatos sugerem que polícia ‘encurralou’ manifestantes na marcha de 13/6 em SP.** Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/relatos-de-vitimas-de>>

repressao-a-marcha-de-13-6-sugerem-undefinedemboscadaundefined>. Acesso em: 6 jun. 2016.

CORREA, Murilo Duarte Costa. Contra o rosto. In:_____. **Amanhã vai ser maior: o levante da multidão no ano que não terminou..** São Paulo: Annablume, 2014. p. 171-186.

CUBAS, Viviane; NATAL, Ariadne. **Polícias e manifestações na sociedade democrática.** Disponível em: <<http://nevusp.org/publicacoes/polcias-e-manifestaes-na-sociedade-democrtica/>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

DUPUIS-DÉRI, Francis. **Black Blocs.** Trad. Guilherme Miranda. São Paulo: Veneta, 2014.

DOWBOR, Monika; SZWAKO, José. Respeitável público... Performance e organização dos movimentos antes dos protestos de 2013. **Novos estudos- CEBRAP.** São Paulo, n.97, nov. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002013000300004&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 16 maio 2016.

FIUZA, Bruno. Black Bloc, uma história. In:_____. **Não é por centavos: um retrato das manifestações no Brasil.** Rio de Janeiro: Liga, 2014. p. 26-41.

FOLHA DE SÃO PAULO. **95 % desaprovam ‘black blocs’, diz Datafolha.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/10/1362856-95-desaprovam-black-blocs-diz-datafolha.shtml>>. Acesso em: 9 jul. 2016.

GOHN, Maria da Glória. A sociedade brasileira em movimento: vozes das ruas e seus ecos políticos e sociais. **Caderno CRH.** Salvador, v.27, n. 71, jun./aug. 2014a. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792014000200013&lng=pt&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em: 5 jun. 2016.

_____.**Manifestações de junho de 2013 no Brasil e praça dos indignados no mundo.** Petrópolis: Vozes, 2014b.

INSTITUTO DATAFOLHA. **Protestos sobre aumento na tarifa dos transportes II.** Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/06/19/protestos-aumento-tarifa-ii.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2016.

JUDENSNAIDER, Elena et al. **20 centavos: a luta contra o aumento.** São Paulo: Veneta, 2013.

LIMA, Venício. Mídia, rebeldia urbana e crise de representação. In: _____. **Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil.** São Paulo: Boitempo editorial, 2013. p. 159-169.

MAGALHÃES, Anderson Salvaterra; QUEIJO, Maria Elisabeth da Silva. A arena discursiva das ruas e a condição pós-moderna: da manifestação à metacarnavalização. **Bakhtiniana: revista de estudos do discurso.** São Paulo, v.10, n.3, set./dez. 2015. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-45732015000300166&lang=ptAcesso%20em:%202011/05/2016>. Acesso em: 11 maio 2016.

MUITAS VOZES. **Vozes silenciadas:** mídia e protestos a cobertura das manifestações de junho de 2013 nos jornais O Estado de S. Paulo, Folha de S. Paulo e O Globo. São Paulo: Intervozes, 2014. Disponível em:<<http://intervozes.org.br/publicacoes/vozes-silenciadas-midia-e-protestos-as-manifestacoes-de-junho-de-2013-nos-jornais-o-estado-de-s-paulo-folha-de-s-paulo-e-o-globo-cobriram-as-manifestacoes-de-junho/>>. Acesso em: 10 maio 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORTELLADO, Pablo. **A ocupação de escolas é o filho mais legítimo de Junho de 2013. Entrevista especial com Pablo Ortellado**. 2016a. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/555196-a-ocupacao-de-escolas-e-o-filho-mais-legitimo-de-junho-de-2013-entrevista-especial-com-pablo-ortellado>>. Acesso em: 28 maio 2016.

_____. **Crise de representatividade atravessa todas as instituições**. 2016b. Disponível em: < <http://brasileiros.com.br/2016/05/pablo-ortellado-cri-se-de-representatividade-atraves-sa-todas-as-instituicoes/>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

SAFATLE, Vladimir. Do uso da violência contra o Estado ilegal. In: _____. **O que resta da ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 237-252.

SÃO PAULO. **Regulamento de uniformes da Polícia Militar**. Disponível em: < <http://www.virusplanetario.net/wp-content/uploads/2013/08/R-05-PM.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

SOLANO, Esther; ALCAPADINI, Rafael. Legitimação de violência performática no Black Bloc paulistano. In: _____. **Não é por centavos:** um retrato das manifestações no Brasil. Rio de Janeiro: Liga, 2014. p. 42-49.

_____. Violência comunicativa. A depredação-espetáculo. In:_____ **Mascarados:** a verdadeira história dos adeptos da tática Black Bloc. São Paulo: Geração editorial, 2014.

VIANA, Silvia. Será que formulamos mal a pergunta?. In:_____. **Cidades rebeldes:** passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo editorial, 2013. p. 95-105.

ATIVIDADE INTERPRETATIVA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Jefferson Fernandes NEGRI
Natacha Ferreira Nagão PIRES

RESUMO

O direito processual civil deve ser aplicado de acordo com a Constituição Federal e os direitos fundamentais. Esta é a dicção do Art. 1º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Tal premissa, ao que pode parecer de início, não representaria inovação significativa na medida em que qualquer diploma infraconstitucional não pode contrariar a Constituição. Não obstante, a preocupação do legislador em reservar espaço à definição das normas fundamentais do Processo Civil acena valiosa intenção no sentido de otimizar as regras processuais atribuindo força normativa à Constituição. Dentro desta perspectiva as seguintes linhas descortinam como deve se dar a atuação dos aplicadores do Direito na construção de normas jurídicas efetivas e de um modelo processual civil constitucional voltado à concretização dos valores e princípios constitucionais.

PALAVRA-CHAVE: Código de Processo Civil. Princípios. Hermenêutica. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The civil procedural law should be applied in accordance with the Federal Constitution and fundamental rights. This is the diction of Art. 1 of Law No. 13,105, of March 16, 2015, which established the novel Civil Procedure Code. This premise, it may seem at first not represent significant innovation in that any infra diploma can not contradict the Constitution. It turns out that the concern of the legislature to reserve space for defining the fundamental rules of civil procedure, denotes valuable intent in order to optimize the procedural rules giving legal force to the Constitution. From this perspective, the following lines unveil it should be given the role of law enforcers in building effective legal rules and constitutional civil procedural model aimed at achieving the values and constitutional principles.

KEY-WORDS: Code of Civil Procedure. Principles. Hermeneutics. Fundamental rights.

1 - INTRODUÇÃO E REFERENCIAL METODOLÓGICO

Em dez breves atos, o estudo tem o escopo de analisar a pertinência sistêmica do Art. 1º do Novo Código de Processo Civil, à luz dos princípios e valores esculpidos na Constituição Federal e do modelo de hermenêutica voltado à concretização dos direitos fundamentais.

Para tanto, no que diz com o aspecto metodológico, foi desenvolvida pesquisa com caráter jurídico-teórico, por se basear no conceito, interpretação, aplicação e reflexos de institutos jurídicos já analisados pela doutrina.

A análise parte da conceituação dos princípios, sua evolução dentro do sistema e a

importância atual dessas diretrizes na construção das normas.

O trabalho aborda a distinção entre princípios, regras e valores, identificando a pertinência de cada um desses elementos no diálogo necessário para a construção do modelo processual civil constitucional.

A hermenêutica também é um importante agente do cenário de construção desse novo modelo, motivo pelo qual também merece análise conceitual e de definição dos métodos utilizados.

Na parte final é realizada a integração dos elementos anteriores a fim de definir a pertinência sistêmica do Art. 1º do Código de Processo Civil como vetor de concretização dos direitos fundamentais processuais civis.

2 - A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Etimologicamente a palavra “princípio”, oriunda do latim *principium*, está ligada à ideia de início, origem, começo, base, ponto de partida. Foi introduzida na Filosofia por Anaximandro¹, utilizada por Platão para expressar o fundamento do raciocínio e, por Aristóteles e Kant como a premissa maior de uma demonstração, silogismo (CARRAZZA, 2001, p. 30).

Em conceituação ampla, alçada a todas as ciências e não só a jurídica, definiu Miguel Reale (1998, p. 60) que os princípios são verdades ou juízos fundamentais que sevem de alicerce ao sistema.

Não obstante ser polissêmica, ou equívoca, do ponto de vista jurídico, a expressão “princípio” significa “a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição” (BONAVIDES, 1997, p. 265).

José Afonso da Silva (1994, p. 85), inspirado em Gomes Canotilho e Vital Moreira, define princípios como “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”.

Todavia, nem sempre foi assim. A ideia de princípios jurídicos como alicerces do sistema como um todo é fruto de evolução e amadurecimento da teoria dos princípios, representada pelas concepções jusnaturalista, positivista e pós-positivista.

Na fase jusnaturalista, aos princípios era atribuída mera força abstrata; não lhes era reconhecida qualquer carga normativa. A normatividade dos princípios, para os jusnaturalistas, era nula. Os princípios atuavam como paradigmas axiomáticos que inspiravam os postulados de justiça (ROTHENBURG, 1999, p. 13).

1 Geógrafo, matemático, astrônomo e político pré-socrático, discípulo e sucessor de Tales, responsável por significativos avanços principalmente na cosmologia.

Referida concepção perdurou até a chegada da escola histórica do Direito e do positivismo, ou juspositivismo, ocasião em que se passou a atribuir normatividade aos princípios, mesmo que em caráter suplementar às fontes do direito, principalmente à lei, elevando-os à condição de “pautas programáticas supralegais” (BOBBIO, 1999, p. 158-159).

Deve-se a Ronald Dworkin e Vezio Crisafulli, sem embargo da contribuição pioneira de Boulanger e dos estudos aprofundados por Robert Alexy, a contribuição significativa para a construção da última fase da teoria dos princípios, e, inclusive, atualmente a mais aceita: a pós-positivista, onde os princípios passam a ser reconhecidos como direito, impregnados de juridicidade e aceitos como espécies de normas diferenciadas, distintas das regras (BONAVIDES, 1997, p. 238).

Nesse sentido, Dworkin, criticando o posicionamento positivista de Hart e Kelsen, propôs um conceito forte de princípio como se fosse uma necessidade para a resolução dos chamados “casos difíceis” (hard cases)[2] dentro do sistema jurídico. Argumentou que o positivismo era um modelo voltado a um sistema de regras, e que os princípios permitiriam sempre uma resposta correta também nos casos não solucionados pelas regras através de uma resposta unívoca (CEZNE, 2005, p. 57).

3 – A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

A clássica distinção entre regras e princípios é remota e aponta para a absorção dessas duas espécies pelo superconceito norma jurídica (gênero). Robert Alexy, ao discorrer, na “Teoria de los Derechos Fundamentales”, acerca da teoria da norma de direito fundamental de Friedrich Müller, recobrou que Müller caracteriza su teoria de las normas que supera el positivismo jurídico, ao lembrar que una norma jurídica es algo más que su texto literal (ALEXY, 2002, p. 74).

É inegável que os princípios influem categoricamente na construção da norma: “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (ÁVILA, 2004, p. 22).

Gomes Canotilho (p. 1146), por exemplo, elenca como fatores de distinção entre princípios e regras, seja do ponto de vista da graduação, seja sob a ótica qualitativa: a) o grau de abstração; b) o grau de determinabilidade; c) o caráter de fundamentalidade; d) a proximidade da idéia de direito e; e) a natureza normogenética.

Em suma, os princípios possuem um maior grau de abstração em comparação com as regras, ou seja, as regras são suscetíveis de aplicação direta, o que já não acontece com os princípios, que necessitam de concretização por serem vagos e indeterminados.

Por outro lado, os princípios desempenham papel fundamental no ordenamento jurídico na medida em que ocupam posição hierárquica superior no sistema das fontes. As regras, por sua vez, apresentam conteúdo basicamente funcional, enquanto os princípios apresentam carga valorativa voltada para as exigências de justiça ou ideia de direito.

Princípios e regras constituem espécies distintas de normas jurídicas, as quais, em confluência com os valores, constituem o habitat natural para a sobrevivência do ordenamento como um todo.

4 - PRINCÍPIOS E VALORES

Embora haja estrita proximidade entre a teoria dos princípios e a dos valores, eles não se confundem. Segundo Robert Alexy (2002, p. 140-141), ao se utilizar da divisão dos conceitos práticos de Von Wright, os princípios apresentam caráter deontológico (do dever ser), já os valores habitam a dimensão axiológica (do ser):

Si se parte de la tripartición aquí esbozada, es posible constatar fácilmente la diferencia decisiva entre el concepto de principio y el de valor. Los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores tienen que ser incluidos en el nivel axiológico. Naturalmente, con esto sólo se ha logrado una caracterización aproximada del concepto de valor. Para poder determinar más exactamente su relación con el concepto de principio, se requiere un análisis algo más profundo.

Luño (1999, p. 54), ao criticar a distinção apontada por Alexy, sustenta que a distinção, na verdade, centra-se no grau de concreção apresentado entre princípios e valores. Para Luño, os valores constituem ideias diretivas gerais que dão fundamento e norteiam criticamente a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico, ou seja, funcionam como uma espécie de “metanorma” em relação aos princípios e normas de terceiro grau em relação às regras.

Sem embargo das divergências quanto à conceituação do que seja valor, até porque as linhas preliminares deste capítulo não ousam adentrar as profundas discussões filosóficas acerca da teoria dos valores, Leda de Oliveira Pinho (2005, p. 71-77) colaciona algumas das suas características principais: a) correspondência às necessidades humanas; b) relatividade; c) bipolaridade; d) implicação recíproca; e) necessidade de sentido; f) preferibilidade; g) incomensurabilidade; h) graduação hierárquica; i) historicidade; j) inexauribilidade; k) objetividade.

Assim, os valores existem em razão do ser humano e das suas necessidades; são relativos, pois os seres humanos não são iguais e, a todo valor se contrapõe um desvalor.

A realização de um valor influencia direta ou indiretamente outros valores e,

inegavelmente, os valores desempenham um papel informativo e conformativo em relação aos princípios e regras.

Como bem observado por Paulo Bonavides (1997, p. 255-256), a “jurisprudência dos valores”, semelhante à “jurisprudência dos princípios” e interpenetrada com a “jurisprudência dos problemas” forma a espinha dorsal da nova hermenêutica, concedendo a metódica indispensável para o acesso que realize e concretize a tríade normativa: valor, princípios e regras.

5 - OS PRINCÍPIOS E SUA UTILIDADE SISTÊMICA

O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é mais do que isso! É sistema, conjunto, unidade consistente. (MIRANDA, 1996, p. 223)

Gomes Canotilho (6 ed., p. 165), explicando a denominada teoria dialógica, menciona que o Direito nada mais é do que o resultado de um diálogo entre as várias espécies de normas e, inclusive, os valores que imantam o ordenamento, diálogo no qual os princípios constitucionais são peças fundamentais:

[...] é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess) traduzida na disponibilidade e `capacidade de aprendizagem` das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da `verdade` e da `justiça`.

Uma concepção sistêmica do Direito e do ordenamento só encontra sustentação a partir da primordial função desempenhada pelos princípios, implícitos e explícitos. Nesse sentido pondera Carlos A. da Mota Pinto (1992, p. 81) que os princípios exercem funções de cunho formal, no tocante à concatenação lógica do sistema, e de cunho material, objetivando harmonizar a convivência das várias espécies de normas que compõe o universo jurídico como um todo.

Como bem alertou Paulo Bonavides (1997, p. 253), “a teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições”, visto serem estas as “normas-chaves de todo o sistema jurídico”, impregnados do conteúdo valorativo expelido pelos fenômenos sociais, onde o intérprete encontra amparo para atribuir valor à norma positivada, com a devida maleabilidade necessária.

Destaca Jorge Miranda (1996, p. 227) que os princípios funcionam como critérios de interpretação e integração do sistema; elementos de construção e qualificação dos conceitos básicos do sistema constitucional e, também, como elementos dotados de carga prospectiva, dinamizadora e transformadora, na medida em que aproximam o ordenamento como um todo

das evoluções sociais em virtude de sua indeterminação e generalidade.

6 - HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO: ORIGEM, ETIMOLOGIA E TERMINOLOGIA

De origem grega, a palavra “hermenêutica” deriva do verbo *hermeneuein* e do substantivo *hermeneia*. Semanticamente^[3] significa interpretar, traduzir, desvelar, revelar, expressar, trazer à luz algo oculto. Existem apontamentos, segundo os quais, a palavra hermenêutica é um derivativo do deus grego Hermes: aquele que tinha por função traduzir as mensagens divinas para os seres humanos (PEREIRA, 2001, p. 9).

Já, o termo “interpretação”, pode ser utilizado em sentido amplo ou mais estrito. No primeiro caso, com foco no objeto a ser interpretado, abrange vários campos, como, por exemplo, o artístico, o sociológico e o musical, dentre outros. Em sentido restrito volta-se mais intimamente com a ação interpretativa, compreendendo a arte de interpretar texto expresso graficamente, como bem observa Kelly Suzane Aflen Silva (2000, p. 50).

Curioso, entretanto, que, se do ponto de vista terminológico, hermenêutica e interpretação designam praticamente o mesmo sentido, etimologicamente, existem diferenças que não podem ser desprezadas. Segundo Carlos Maximiliano a interpretação é a aplicação da hermenêutica, ou seja, a hermenêutica fixa os princípios que regem o processo de interpretação das normas: “[...] A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 2000, introdução).

Também Limongi França assevera que “[...] A interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras que a hermenêutica perquire e ordena para o bom entendimento dos textos legais” (FRANÇA, 1997, P. 3-4).

Hodiernamente, é cediço, a hermenêutica representa algo mais do que simplesmente um método das ciências, mas sim a “capacidade natural do ser humano de compreender” (SILVA, Kelly, 2000, p. 48). A hermenêutica tem o poder de construir as condições providenciais para a efetivação das normas constitucionais. Assim, interpretar é mais do que explicar, esclarecer, dar o significado, mostrar o sentido verdadeiro, extrair de frase, sentença ou norma tudo o que na mesma se contém; é preencher a norma e não extrair algo dela.

7 - A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA CONSTITUCIONAL PARA O PROCESSO HERMENÊUTICO

Não é novidade que, desde Savigny, o sistema auxilia no desenvolvimento de um dos métodos clássicos hermenêuticos: a chamada “interpretação sistemática”, fundada em bases

racionais e lógicas. Por outro lado, também não se pode olvidar que a interpretação das normas constitucionais, em virtude das suas peculiaridades, afasta-se dos modelos de interpretação das demais normas jurídicas.

A importância do sistema para o processo hermenêutico-constitucional giza em implementar a aplicação do diálogo entre a norma constitucional, representada por regras e princípios, e o meio, ou, a realidade social, imantado pelos valores, eis que o sistema e a estrutura dialógica têm como combustível ideal a capacidade das normas constitucionais de assimilarem as alterações sociais.

Nesse sentido, se, como alertou Paulo Bonavides (1997, p. 75), a Constituição não tem sido suficiente para abranger “todas as hipóteses de realidades pertinentes à organização e funcionamento das estruturas básicas da sociedade política”, é hora de se potencializar cada vez mais a necessidade do sistema como locus indispensável a esse diálogo.

8 - OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Assevera Gomes Canotilho (6 ed., p. 1196) que o caminho ideal para a busca da fórmula exata, do “método justo”, em direção à genuína interpretação da Constituição é razão de discussão entre os publicistas. Enfatiza, assim, que no momento atual a interpretação constitucional se dá por um conjunto de métodos que se complementam.

Elenca, a partir daí, os seguintes métodos de interpretação: a) método jurídico, também conhecido como hermenêutico clássico; b) método tópico problemático; c) método hermenêutico concretizador e; d) método científico espiritual, dentre outros.

O método jurídico (clássico) trata a interpretação da Constituição da mesma forma que a interpretação de uma outra lei qualquer, utilizando-se de cânones clássicos de interpretação, como a interpretação gramatical, literal, textual, sistemática, histórica e teleológica (CANOTILHO, 6 ed., 1194). Sem embargo da contribuição dos cânones tradicionais para o processo hermenêutico, a verdade é que a hermenêutica constitucional apresenta peculiaridades, especificidades, que tornam o método jurídico clássico insuficiente para o preenchimento da norma constitucional.

Já o método tópico-problemático, alicerçado nos chamados tópoi (que nada mais são do que lugares comuns, pontos de vista, argumentação) baseia-se na interpretação da Constituição através de um processo aberto de argumentação onde se procura adequar a norma interpretada ao problema concreto. Esse método também recebe críticas por partir do problema para a norma, o que poderia originar um casuísmo sem limites.

Por sua vez, o método hermenêutico concretizador traz em sua essência que a

interpretação da Constituição está adstrita a uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador desempenhado pelo intérprete, que concretiza a norma constitucional a partir de e em sentido a uma situação histórica concreta (CANOTILHO, 6 ed., p. 1198).

O método científico-espiritual, valorativo ou sociológico, como também é conhecido, apregoa que a Constituição, que deve ser tida como elemento integrador, deve ser interpretada com base no sistema de valores por ela albergados, sempre tendo em vista o sentido e a realidade em que está imersa (CANOTILHO, 6 ed., p. 1198).

Ao que parece, isoladamente, nenhum dos métodos citados tem o condão solucionador para os problemas hermenêutico-jurídico-constitucionais postos à mesa da efetivação e realização concretizadora das normas constitucionais.

Por isso, a nova hermenêutica constitucional deve mostrar-se mais aberta e menos técnica, preocupada mormente com a efetivação dos princípios constitucionais estruturantes do Estado Democrático de Direito, como o princípio da dignidade da pessoa humana, comprometida acima de tudo com a realização e concretização dos valores eleitos como primordiais, desprezando a absolutização do método, ou de um dos métodos.

Equivocadamente, por muito tempo, e ainda hoje, a utilização da hermenêutica tem sido limitada à reprodução literal de textos normativos, reflexo de verdadeira política legislativa em descompasso ao contexto histórico e à realidade vivenciada pelos sujeitos protagonistas do cenário social. Felizmente, entretanto, germina sob os raios emanados do direito alemão a ideia de que “compreender e interpretar textos, conseqüentemente, não é só uma instância científica, porém, pertence naturalmente, à experiência humana do mundo. (SILVA, Kelly, 2000, p. 37-38).

Konrad Hesse elaborou sua teoria acerca da hermenêutica como concretização a partir do conceito de Bildung (formação), analisando o processo de averiguação do sentido da norma em constante interação com a realidade. Entende Hesse que, muito embora a atividade interpretativa esteja vinculada à norma, a concretização se dá na medida em que o intérprete tem a sensibilidade de enxergar o texto normativo à luz da realidade, não criando abismo entre a realidade e a Constituição (HESSE, 1991, p. 364).

Desse modo, para Hesse, o processo de concretização normativo-constitucional está atrelado a três pilares básicos: a norma a ser concretizada; a précompreensão do intérprete e o problema concreto a ser desenvolvido (HESSE, 1991, p. 364).

9 - (RE)CONSTRUÇÃO DO MODELO PROCESSUAL CIVIL A PARTIR DA

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ao elaborar o novo Código de Processo Civil o legislador assumiu compromisso inarredável no caminho da concretização das normas fundamentais do processo civil cravadas na Constituição Federal de 1988, que conduzem ao processo justo.

Como observa Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 90), foi reservada maior visibilidade a determinados direitos fundamentais processuais, como a liberdade e a igualdade de todos perante a ordem jurídica (Arts. 1º, 2º, 3º e 8º, CPC), a tempestividade na entrega da tutela jurisdicional efetiva (Arts. 4º e 12, CPC), o respeito ao contraditório e ao dever de fundamentação (Arts. 5º, 6º, 7º, 9º, 10 e 11, CPC).

O Código de Processo Civil deve ser interpretado de acordo com a Constituição Federal e com os direitos fundamentais. Em termos práticos, isso significa que eventuais dúvidas interpretativas devem ser dirimidas a favor da otimização do alcance da Constituição Federal (MARINONI, 2015, p. 91).

As normas processuais infraconstitucionais passam a ser vistas, mais do que nunca, como concretizadoras das disposições constitucionais, intensificando-se o diálogo entre processualistas e constitucionalistas, Código de Processo civil e Constituição (Didier Jr., 2016, p. 49).

Os institutos fundamentais do direito processual, seus pilares justificadores: jurisdição, ação, defesa e processo passaram por uma intensa reformulação interpretativa ao longo das últimas décadas, desde o advento da Constituição Federal.

O desenvolvimento de novas teorias extraídas do modelo constitucional do processo culminou na positivação de preceitos que nos obrigam a aplicar e interpretar o Código de Processo Civil “conforme os valores e as normas fundamentais” estabelecidos na Lei Maior. De fato, não só a aplicação e interpretação do Código de Processo Civil sofreram influencia da constitucionalização dos direitos, como também a própria lei processual como um todo foi revogada e refeita segundo esta premissa.

Com o advento do Código de Processo Civil em 2015 a atuação da jurisdição, ação, defesa e processo está, pois, condicionada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, devendo realizar em sua plenitude o acesso à justiça. O que significa dizer, segundo CAPELLETTI e GARTH (2002, p. 12), ser o acesso à justiça princípio fundamental de um sistema jurídico baseado na igualdade e que garante o direito de todos.

Antes mesmo do Poder Legislativo rediscutir o Código de Processo Civil, a doutrina já preconizava o processo como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais à luz do dever de proteção do Estado. (OLIVEIRA e BRITO, 2011, p. 343).

“De mero meio de aplicação da lei, o processo passou a ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, principalmente no que tange ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana” (SOARES e MASSINE, 2010, p. 198).

Podemos afirmar que a constitucionalização do direito processual é fenômeno que se desenvolveu em duas vertentes. A primeira foi a consagração de normas de processo na própria Constituição, como a que traduz o princípio do acesso à justiça. A segunda foi a atividade de interpretação e aplicação das normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras dos direitos constitucionais.

Quanto a primeira podemos afirmar que o artigo 1º reafirma a supremacia da Constituição e consagra um modo de atuação do processo voltado para o atingimento de finalidades nela previstas, que englobam não só a solução de conflitos com a efetiva satisfação de direitos, mas também a realização dos objetivos e fundamentos traçados pelo legislador constituinte.

Essa função de efetivação de direitos constitucionais fundamentais faz do processo muito mais que um instrumento que veicula o direito de ação, para apresentar-se como uma relação jurídica de interesse público, preordenada a ser o meio de participação social através da justiça (MANCUSO, 2012, p. 87).

Assim, o poder jurisdicional manifestado por meio do processo está condicionado, seja quanto sua concepção, seja quanto ao seu resultado, aos preceitos do Estado Democrático de Direito consagrados na Constituição Federal.

Nesse contexto, o processo deve ser entendido como técnica que busca garantir que o equilíbrio entre “fins” (os “escopos do processo”) e “meios” (o “modelo constitucional do processo civil”) seja adequadamente alcançado. É ele, como método, como técnica de manifestação do Estado que garante o indispensável equilíbrio entre “autoridade” e “liberdade” e bem realiza, por isso mesmo, o modelo de Estado Democrático de Direito que, para voltar ao ponto de partida, justifica-o e, mais do que isso, o impõe (BUENO, 2012, p. 426).

As normas constitucionais de direito processual que impõem um modelo de atuação e estruturação do Estado Juiz para a consecução de seus objetivos e se traduzem no princípio do devido processo legal acabam por condicionar a validade da função jurisdicional à observância do modelo constitucional do processo.

Quanto a segunda vertente, o disposto no artigo 1º do Código de Processo Civil concretiza as ideologias que a Constituição pretende sejam realizadas. É esta concepção que norteia o legislador e o juiz na criação, interpretação e aplicação do direito por meio do

processo.

“A efetividade da Constituição é, pois, agenda obrigatória de todos os juristas preocupados com a transformação de uma sociedade como a brasileira, que em mais de cinco séculos de existência produziu pouca democracia e muita miséria” (STRECK, 2012, p. 90).

Ordenar, disciplinar e interpretar o processo à luz da Constituição é reconhecer legitimidade ao Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais.

O acesso à justiça e o devido processo legal passam a significar o direito a uma justiça composta por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa (WATANABE, 1988, p. 135).

Isso reflete no sistema processual que deve ser apto a proporcionar tutela jurisdicional que atenda aos escopos da jurisdição, ou seja, do acesso à justiça como forma de acesso a efetivos resultados, não só jurídicos, mas também sociais e políticos.

Destarte, a imperatividade e força normativa da Constituição Federal obrigam o magistrado, na interpretação e produção da norma no caso em concreto, à efetivação dos direitos fundamentais.

As transformações sociais e o desenvolvimento do constitucionalismo passaram a exigir do Estado-juiz não só a aplicação mecânica da lei, mas também a valoração do caso concreto, e colocaram a atividade jurisdicional no centro de uma nova discussão: o protagonismo do Poder Judiciário na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

Não se quer dizer com isso que a atividade jurisdicional deixa de ser uma atividade de conformação da lei, mas que vai além disso, para culminar na reconstrução axiológica do texto legal diante do caso em concreto e em função da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Os princípios são as vigas sustentadoras do sistema jurídico como um todo, não sendo diferente com o direito processual civil.

Os valores, por sua vez, também influenciam a nova hermenêutica, constituindo, ao lado dos princípios e regras, a tríade dialógica necessária para a construção sistêmica das normas.

A hermenêutica tem o poder de construir condições providenciais para a efetivação das normas Constitucionais.

Nesse aspecto, as normas infraconstitucionais devem atuar como concretizadoras da Constituição Federal.

O Art. 1º do Código de Processo Civil explicita de forma clara a busca por um

modelo constitucional de processo, através da efetivação dos direitos fundamentais, princípios e valores constitucionais.

Jurisdição, ação, defesa e processo são elementos constitucionais que devem ser otimizados através da interpretação ativa do texto constitucional, a fim de realizar com plenitude o ideal de acesso a um processo efetivo e justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madry, 2002.

ALVES, Fernando de Brito. Democracia e Desconfiança. Argumenta. Jacarezinho, n. 16, 2012.

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Vol. 1.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília. 10 ed. 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6 ed. Almedina, .
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 16 ed. revista, ampliada e atualizada. Malheiros: São Paulo, 2001.
- CEZNE, Andréa Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13, nº 52, julho-setembro de 2005. Revista dos Tribunais: São Paulo.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, Salvador: Jus Podivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. Instituições de Direito Processual Civil. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. I.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de direito e Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FRANÇA, R. Limongi. Hermenêutica jurídica. 6 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva. 1997.
- HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- LUÑO, SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 54.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Novo código de processo civil comentado. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense. 2000.
- MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3 ed. Tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade. Coimbra, 1996.
- NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- OLIVEIRA, Flávio Luís de; BRITO, Jaime Domingues. Acesso à Justiça e Inclusão Social. *Argumenta*. Jacarezinho, n. 15, 2011.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.
- PINHO, Leda de Oliveira. *Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1992.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Fundamentos do direito*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012-A.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. Revista. 4ª tiragem. Malheiros: São Paulo, 1994.
- SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 2000.
- SOARES, Fernanda Heloísa Macedo; MASSIME, Maiara Cristina Lima. O processo como instrumento do Estado democrático de direito. *Argumenta*, n. 13, 2010.
- STREK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM MEIO À CULTURA DO ENCARCERAMENTO: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS AOS PRESOS

Roberto da Freiria ESTEVÃO¹
Thainan Carlos de OLIVEIRA²

RESUMO

Hodiernamente, muitas são as críticas ao sistema prisional pátrio, tanto às unidades destinadas ao cumprimento de pena como àquelas que têm por escopo receber os presos provisórios. Não obstante, prende-se cada vez mais, no Brasil. De fato, é lugar comum falar-se da superlotação carcerária – com bom percentual de ocupação integrado por detidos ainda não condenados irrecorrivelmente –, assim como de outras inúmeras e impressionantes ofensas aos direitos humanos e fundamentais dos presos, consoante reconhecido pelo STF em diferentes decisões. É sabido que a prisão provisória é medida excepcional – até por decorrência do denominado princípio da presunção da inocência –, o que não tem sido suficiente para a redução do elevado número de pessoas presas em flagrante delito que permanecem detidas provisoriamente. Diante desse cenário alarmante, no ano de 2015 o Conselho Nacional de Justiça buscou implantar o “Projeto de Audiência de Custódia” em todas as unidades federativas, com o fito de ser o preso apresentado imediatamente ao Juiz de Direito competente, que faz a análise da prisão em flagrante para verificar os requisitos da legalidade, da necessidade e da adequação da medida provisória, podendo conceder a liberdade provisória, relaxar a prisão em flagrante, substituí-la por outras medidas restritivas ou, se necessário e razoável, decretar a prisão preventiva, além de verificar a ocorrência de violência física, maus-tratos, tortura ou outra ilegal ofensa à pessoa detida. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade desse instrumento e, neste trabalho, sustenta-se sua elevada utilidade para o necessário respeito às garantias jusfundamentais dos presos.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de Custódia. Prisão em flagrante. Direitos Fundamentais. Resolução n. 213 do CNJ.

ABSTRACT

Currently, there are many critiques to the patria prison system, both for the punishment units and to the ones which have the purpose of receiving provisional prisoners. Nevertheless, more and more people are arrested in Brazil. In fact, it is a commonplace to speak of overcrowding in prisons - with a good percentage of occupation consisting of detainees not yet condemned unreachably - as well as other countless and impressive offenses to the human and fundamental rights of prisoners, as recognized by the Supreme Court in different decisions. It is known that provisional arrest is an exceptional measure - even as a result of the so-called principle of presumption of innocence - which has not been sufficient to reduce the large number of people caught in the act of committing a crime who are kept provisionally detained. Faced with this alarming scenario, in 2015 the National Council of Justice sought to implement the "Custody Hearing Project" in all federal units, in order to be the prisoner

- 1 Professor do Curso de Direito (desde 1997) no UNIVEM (Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília-SP), no qual é vice-líder do Grupo de Pesquisa DIFUSO (Direitos Fundamentais Sociais); Mestre em Direito pelo UNIVEM (2006) e Doutor em Ciências Sociais pela UNESP – Marília (2017); membro do Ministério Público do Estado de São Paulo - Procurador de Justiça aposentado. E-mail: roberto_freiria@terra.com.br
- 2 Acadêmico do Curso de Direito no UNIVEM (Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília-SP), 5º Semestre. E-mail: thainancarlos.oliveira@gmail.com

immediately submitted to the competent judge, who makes the analysis of flagrante delicto to verify the requirements of legality, necessity and adequacy of the provisional measure, being able to grant provisional liberty, relax the arrest in flagrante, replace it with other restrictive measures or, if necessary and reasonable, decree Pre-trial detention, in addition to verify the occurrence of physical violence, ill-treatment, torture or other illegal offense to the detained person. The Federal Supreme Court recognized the constitutionality of this instrument and, in this work, supports its high utility for the necessary respect to the fundamental guarantees of the prisoners.

KEY-WORDS: Custody Hearing. Arrest in flagrante. Fundamental rights. Resolution nº. 213 of the CNJ.

INTRODUÇÃO

No presente artigo científico procura-se analisar o instrumento judicial denominado audiência de custódia, sob a égide das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, previsões reproduzidas na legislação processual penal brasileira.

Além disso, busca-se demonstrar a inquietação do poder judiciário em relação à efetivação das garantias constitucionais aos presos, preocupação que vem crescendo em decorrência dos recentes e sérios problemas verificados no interior de várias unidades prisionais brasileiras, muitas delas transformadas em verdadeiros campos de batalha.

Diante desse cenário atroz, principalmente pelo elevado índice de prisões concretizadas no Brasil, do que decorre a superlotação nas unidades prisionais – o que se constata inclusive naquelas destinadas à prisão provisória –, tem-se como relevante estudar o incremento da fiscalização exercida pelo Magistrado nas hipóteses de prisão em flagrante, o que se extrai até mesmo da opção do legislador pátrio, consoante a boa interpretação à nova redação dada aos artigos 306 e 310 do Código de Processo Penal – comunicação e encaminhamento de cópia do auto ao Juiz de Direito, com possibilidade de relaxamento ou concessão da liberdade sem ou com a imposição de outra medida cautelar –, para que se busque evitar prisões desnecessárias, bem como a prática de abusos aos detidos em flagrante.

Todavia, a análise feita a partir de dados estatísticos referentes ao número de presos demonstra que a população carcerária brasileira é a quarta maior no mundo, sendo que aproximadamente 41% (quarenta e um por cento) desses presos ainda não sofreram condenação (INFOPEN, 2014, s. p.). Vale dizer, a aplicação pura e simples dos dispositivos do Código de Processo Penal não se mostraram suficientes para o enfrentamento do problema.

Assentado nestes dados e consideradas outras ilegalidades praticadas no momento da efetivação da prisão em flagrante, em 2015 o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº. 213, dispôs acerca da audiência de custódia, que visa a apresentar a pessoa

presa à autoridade judiciária dentro de um prazo célere.

Essa resolução é corolário de um direito fundamental previsto em pacto internacional de que o Brasil é parte, por adesão, a saber, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada “Pacto de San José da Costa Rica”. Referida Convenção de Direitos Humanos foi ratificada pelo Brasil em 1.992 e introduzida em nosso ordenamento jurídico como norma supralegal, caráter reafirmado no Supremo Tribunal Federal por meio do enunciado da Súmula Vinculante 25 e em conformidade com a Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004.

Destarte, cumpre reconhecer que os direitos humanos previstos na mencionada convenção foram aqui internalizados e estão em conformidade com aqueles garantidos na Constituição Federal de 1988, de maneira que devem ser estritamente observados e aplicados a todos, sem qualquer distinção.

Gize-se que a resolução 213 do CNJ prevê que a apresentação à autoridade judicial competente, em até 24 horas, também é assegurada às pessoas presas em face de outras espécies de prisões, sejam cautelares ou definitivas, conforme dispõe o artigo 13, que determina a aplicação, no que couber, dos procedimentos nela previstos. Todavia, aqui o enfoque volta-se à prisão em flagrante.

Assim, neste trabalho científico abordar-se-á a importância das audiências de custódia – também denominadas de audiências de apresentação ou de garantia – no tocante a efetiva entrega jurisdicional das garantias humanas e fundamentais aos presos, em consonância ao disposto no artigo 7º, § 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e ao artigo 5º, incisos LXI, LXV e LXVI, da Constituição Federal da República do Brasil.

O método adotado é o dedutivo – parte-se do geral para se chegar ao específico –, com procedimento de investigação que envolve, em especial, a análise bibliográfica, consistente em textos de outros autores, enunciados normativos e decisões do Supremo Tribunal Federal. Também é empregada e analisada interessante pesquisa de campo existente a respeito do tema, recentemente publicada, relativa aos resultados de audiências de custódia realizadas na Comarca de Salvador/BA.

1. DA PRISÃO EM FLAGRANTE – ALGUNS APONTAMENTOS NECESSÁRIOS RELATIVOS AO TEMA

É sabido que, à luz da Constituição e de suas garantias, a prisão é a medida mais extrema contra o cidadão, tendo em vista que um dos baluartes garantidores de nosso sistema

legislativo diz respeito à liberdade, igualdade, integridade física e psíquica de todos.

Por conseguinte, é necessário que haja controle de legalidade no que tange a qualquer modalidade de prisão, o que decorre de um imperativo constitucional fulcrado no inciso LXV do consagrado artigo 5º da Carta Magna, de acordo com o qual “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (BRASIL, Constituição Federal, 1.988).

A respeito da possibilidade da prisão cumpre lembrar o fundamento contido no inciso LXI do mesmo artigo 5º da Constituição Federal, que reza: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (BRASIL, Constituição Federal, 1.988).

Verifica-se, pois, que a prisão em flagrante é uma das hipóteses de privação de liberdade admitidas legalmente no Brasil.

E, antes de discorrer acerca da audiência de custódia, primordial para o entendimento desse artigo é a exposição de alguns apontamentos relativos a essa espécie de prisão, tendo em vista que, de acordo com a Resolução 213 do CNJ, referida prisão é o pressuposto lógico e primeiro da audiência em análise. Por meio de seu artigo 1º, aquele órgão resolveu determinar a apresentação da pessoa detida, no tempo máximo de 24 horas. Para conferir:

Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. (CNJ, Resolução 213, 2015, s.p.).

Etimologicamente, flagrante “vem do latim *flagrans* e quer dizer ardente, queimante”, de modo que “*flagrare* traduz a ideia do fogo, da chama queimando”, de maneira a se extrair a concepção de que “*flagrante delito* significa o *delito* ainda *queimante, ardente*, a certeza visual do crime” (CASTELO BRANCO, 1984, p. 16 – itálicos no original).

Nos termos do que dispõe o artigo 302 do Código de Processo Penal, entende-se em flagrante quem “está cometendo” qualquer infração penal, ou “acaba de cometê-la”, ou é perseguido, logo após, “em situação que faça presumir ser autor da infração”, ou, ainda, “é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração” (BRASIL, Decreto-lei nº. 3.689, 1941, s. p.). Em outras palavras, “prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de concluir a infração penal (crime ou contravenção penal).” (NUCCI, 2.017, p. 551), ou ainda, “*flagrante delito* implica a plena posse da evidência, a evidência absoluta, quanto ao fato que acaba de cometer-se, que acaba

de ser provado, que foi visto e ouvido e, em presença do qual, seria absurdo ou impossível negá-lo” (CASTELO BRANCO, 1984, pp. 16-17 – itálico no original).

Em suma, tem-se a possibilidade da prisão em flagrante nas situações alhures lembradas.

Em seu âmago, a prisão em flagrante se revela como medida cautelar, que deve ser comunicada ao Juiz Competente no prazo de 24 horas, conforme a previsão contida no artigo 306 do Código de Processo Penal. Ao receber essa comunicação, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal o Magistrado adotará uma de três medidas em relação à pessoa detida: a) relaxar a prisão, ao verificar que ela está eivada de ilegalidade; b) convertê-la em prisão preventiva, quando presentes os requisitos estipulados no artigo 312 do mesmo Diploma Legal; c) conceder a liberdade provisória sem ou com a aplicação de outra medida cautelar (BRASIL, Código de Processo Penal, 1.941).

Devido à sua natureza provisória (ou pré-cautelar, como alguns sustentam), a lei processual penal impõe determinados cuidados que devem ser observados, inclusive a imediata comunicação da prisão ao juiz competente. E, por força de previsão contida em tratados internacionais aos quais o Brasil aderiu, outra cautela é a imediata apresentação do preso à autoridade judicial, tema deste trabalho.

Em decorrência dessas cautelas impostas pelo sistema normativo pátrio, inclusive os tratados internalizados, e de acordo com a inovação legislativa implantada pela lei 12.403/2011, que alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal, em 2.015 sobreveio a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe a respeito das audiências de custódia.

Ela tem o objetivo de ser um instrumento célere e de garantia ao preso em flagrante delito, tendo em vista que, em até 24 horas, ele será conduzido à presença da autoridade judicial competente, que realizará juízo de controle diante das circunstâncias que determinaram a prisão, podendo, depois de ouvido o preso, relaxar a prisão, colocá-lo em liberdade provisória sem ou com a aplicação de medida cautelar diversa, ou decretar a prisão preventiva, tudo conforme se verifica do artigo 8º da Resolução 213 do CNJ.

A preocupação no que diz ao respeito às garantias e direitos fundamentais dos presos se revela inicialmente na exposição de motivos da referida Resolução, que em determinada parte dispõe:

CONSIDERANDO que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, (...). (CNJ, Resolução, 2015, s. p.).

A partir desta inicial análise pode-se verificar que, ao instituir o “Projeto das Audiências de Custódia”, houve a preocupação do Conselho Nacional de Justiça com as garantias fundamentais dos presos, tendo em vista que o controle do Magistrado acerca da prisão em flagrante adentra ao campo do amparo estatal no tocante ao respeito à integridade física e moral do enclausurado, além da possibilidade de serem evitadas prisões desnecessárias, no já abarrotado sistema prisional pátrio.

2. POPULAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA E AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

É notório que, ultimamente, a taxa de criminalidade vem aumentando progressivamente, e com ela, a taxa da população carcerária brasileira.

Um dado alarmante, no particular, tem relação com os presos que estão reclusos em unidades prisionais sem, ainda, terem sido efetivamente condenados, ou seja, estão detidos provisoriamente sem que estejam cumprindo pena aplicada em sentença condenatória prolatada pelo Estado.

Em março de 2.014, a população prisional brasileira era de 607.731 presos, sendo que desses, 41% – ou 249.170 encarcerados – ainda não tinham sido condenados, estando, pois, na condição de presos provisórios (INFOPEN, 2.014).

Com números um pouco diferentes, o Conselho Nacional de Justiça publicou relatório do qual se verifica que, em junho de 2014 eram 567.655 presos, além de outras 147.937 pessoas que cumpriam privação de liberdade no sistema de prisão domiciliar, por ausência de vagas em estabelecimento próprio para o cumprimento da pena no regime aberto. Assim, a soma total de pessoas presas, considerando-se as que estavam em estabelecimentos prisionais e as que se achavam no regime aberto, em prisão domiciliar, atingia a impressionante marca de 715.592 presos (BRASIL, CNJ, junho de 2014), com o que o Brasil passou a ser a terceira maior população de presos do mundo, atrás somente dos EUA e da China, um posto a frente da Rússia, que contava, à época, um total de 676.400 presos.

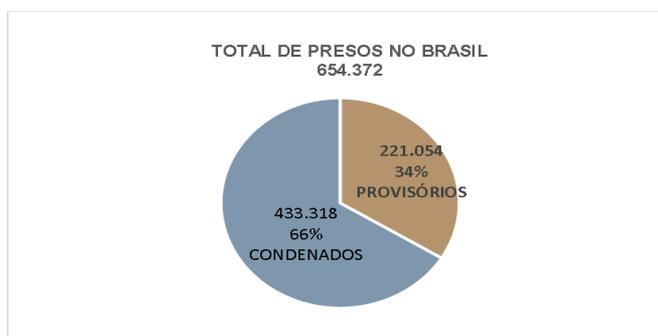
Também o Ministério Público tem igual constatação. Em relatório elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público a partir de inspeções efetivadas em 2014 e 2015, cuja divulgação ocorreu em 2016 (CNMP, 2016), sob o título “A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro”, a superlotação é novamente denunciada:

Os 1.598 estabelecimentos inspecionados possuem capacidade para 302.422 pessoas, mas abrigavam, em março de 2013, um total de 448.969 presos. O déficit é de 146.547 ou 48%. A superlotação é registrada em todas as regiões do país e em todos os tipos de estabelecimento (penitenciárias, cadeias públicas, casas do albergado, etc). O déficit de vagas é maior para os homens. O sistema tem capacidade para 278.793 pessoas do sexo masculino, mas abrigava 420.940 homens presos em março de 2013. Para as mulheres, são 23.629 vagas para 28.029 internas.

A propósito, dados oficiais mais recentes demonstram que a situação está se tornando cada vez mais preocupante no sistema prisional brasileiro, com marcante aumento do número de pessoas detidas. A referência é ao último “Levantamento dos presos provisórios no Brasil”, realizado no início de 2017, pelo Conselho Nacional de Justiça, a partir dos dados fornecidos pelos Tribunais de Justiça estaduais.

Logo depois das rebeliões ocorridas em estabelecimentos carcerários dos estados de Roraima e Manaus, a Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, em reunião com os Presidentes dos Tribunais de Justiça dos estados, solicitou levantamento a respeito de presos que cumprem pena e de presos provisórios nas unidades da federação (CNJ, 2017-a). Os dados foram enviados, com exceção de alguns poucos tribunais, que não o fizeram. E os números são os seguintes: em janeiro de 2017 havia um total de 654.372 presos no Brasil, dos quais 221.054 (34%) estavam na condição de detidos provisórios, vale dizer, sem condenação transitada em julgado (irrecorrível). Veja-se o gráfico seguinte, representativo dessa situação.

GRÁFICO 1. TOTAL DE PRESOS (BRASIL)



Fonte: Levantamento CNJ junto aos Presidentes dos Tribunais de Justiça (jan./17)

Obs. 1: número de presos provisórios consolidado fornecido pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ - DPJ.

Obs. 2: Dados relativos ao total de presos do TJAC, TJAM, TJAP, TJBA, TJCE, TJES, TJPA, TJPI, TJRJ, TJRO, TJRR, TJSE obtidos pela Secretaria Geral do STF em 2016, vez que não informados no Levantamento de janeiro de 2017.

Obs.3: Dados relativos ao total de presos do TJAL, TJGO, TJPR, TJRN obtidos por meio do Geopresídios 21 de janeiro de 2017, vez que não informados no Levantamento de janeiro de 2017, nem tampouco no levantamento realizado pela Secretaria Geral do STF em 2016.

Comparando-se os números dos dois levantamentos do CNJ, acima retratados, têm-se: em 2014, 567.655 presos; em janeiro de 2017, 654.372 pessoas detidas, anotadas as observações do quadro acima, ou seja, alguns dos tribunais não forneceram os dados atualizados. Ainda assim, tem-se um aumento de 86.717 presos em cerca de 2 anos e 6 meses.

Claro, pois, o movimento de encarceramento no Brasil, que parece ter optado pela prisão como o caminho – mais fácil – para o controle da criminalidade e da violência.

Mas, como lembra Oscar Vilhena Vieira, esse movimento de encarceramento em nada concorre para a redução da criminalidade e da violência. Pelo contrário, na medida em que tem sido acrescentado o número de presos nota-se concomitante aumento nas práticas criminosas violentas, que atingem mais os jovens e os negros, que também integram os percentuais mais elevados entre os presos. Isto decorre até mesmo das ações das facções criminosas a partir do sistema prisional pátrio, no qual os seus “soldados” são arregimentados.

Conforme dados do Fórum Nacional de Segurança Pública, apenas em 2015, 58.492 pessoas foram vítimas de homicídio; 54% das vítimas eram jovens e 73%, negros e pardos. Para citar apenas mais um dado desta tragédia, estima-se que 45.460 mulheres foram vítimas de estupro no último ano. O perfil da população prisional é o mesmo das vítimas de violência letal: 56% são jovens de 18 a 29 anos e 67%, negros. A superlotação carcerária, as sádicas condições de aprisionamento, a falta de acesso à defesa e a bens de higiene e saúde básicos, além do arbítrio e a violência dos agentes do Estado, criaram um ambiente propício à expansão do crime organizado dentro e fora do sistema prisional. Esse sistema pariu o PCC, o Comando Vermelho, Terceiro Comando e, no Amazonas, como aprendemos, a Família do Norte (VIEIRA, 2017).

Convém, aqui, registrar a firme observação de Amilton Bueno de Carvalho, em “Direito penal a marteladas”, ao comentar a respeito da responsabilidade pelo elevado número de detidos no Brasil:

Aliás, e aqui quero gritar com toda força de meus pulmões, que na nossa realidade não há como omitir a responsabilidade (mais educadamente: a atuação) dos juízes pelo número insuportável de pessoas que se encontram aprisionadas. Muito se tem denunciado o Poder Executivo pelo excesso de pessoas nas celas prisionais – o que é sim correto chamar atenção pela sua incompetência ao gerir os cárceres. No entanto, pouco ou quase nada há de denúncias colocando ao crivo da opinião pública uma verdade agressiva: há população carcerária em terrível excesso sim, mas quem determinou a ida de tais pessoas para lá ou não determinou a sua soltura no momento devido foram os juízes, e, às vezes, por mais irracional e cruel que possa parecer, **de ofício** – pleno século XXI tem-se uma asquerosa relação de incesto entre acusador e julgador (CARVALHO, 2013, p. 138 – negritos no original).

O problema é de enorme dimensão e tende a se tornar cada vez mais espinhoso, pois existe a previsão de que, em 2022, o Brasil terá 1 milhão de presos, o que, se não forem implementadas sérias políticas públicas específicas no sistema prisional, levará a um incalculável aumento nas violações aos direitos humanos e fundamentais dos detidos. A referida informação foi apresentada pelo Ex-Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, quando do lançamento do “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)”, em junho de 2014.

Os senhores têm alguma dúvida de que estamos enxugando gelo, especialmente se considerarmos que tenho mais de 400 mil mandados de prisão em aberto. Se for mantido o atual ritmo de encarceramento, sem a mudança da legislação [da maioria penal], nós teremos ultrapassado em 2022, um milhão de pessoas encarceradas (CANES, 2015).

Em suma, nota-se a preocupação existente em relação ao movimento de encarceramento que se tem no Brasil, com o recrudescimento dos problemas decorrentes da superpopulação carcerária, notadamente as constantes violações aos direitos fundamentais das pessoas presas, como bem afirmou o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADPF 345, em 09 de setembro de 2015, ocasião em que se reconheceu o “Estado de Coisas Inconstitucional” das prisões brasileiras, em razão das constantes e generalizadas violações de Direitos Fundamentais dos presos. Aliás, por força dessas contumazes violações jusfundamentais, a mesma Corte Suprema determinou, em votação unânime, que o poder público deve reparar o dano moral aos presos, em razão da superlotação carcerária e outras violações aos direitos humanos/fundamentais, como se vê do julgamento prolatado no RE 580.252.

Portanto, é inquestionável que os dados acima anotados revelam a decadência do complexo prisional brasileiro e as inegáveis ofensas jusfundamentais aos presos.

Nesse contexto, em relação às prisões em flagrante, a audiência de custódia surge como uma salvaguarda de algumas das garantias constitucionais reconhecidas à pessoa detida.

De fato, a instituição do “Projeto de Audiência de Custódia”, dentre tantos objetivos, procura minorar as taxas de encarceramento desnecessário, tendo em vista que, ao encaminhar o preso à presença do Juiz Competente, torna-se possível a concessão da liberdade provisória, inclusive com a aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão, além do relaxamento daquela que apresentar ilegalidade, reduzindo notavelmente a taxa de ocupação no sistema prisional.

Tal relato se verifica em breve análise a dados fornecidos pelo CNJ, em que, desde a implantação das Audiências de Custódia no Brasil, em meados de 2.015, até o mês de março de 2.017, de 215.329 audiências realizadas, 97.704 (45,37%) dessas audiências resultaram em liberdade provisória. (CNJ, 2017-b).

3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – CONCEITO, ORIGEM E PROCEDIMENTO

Busca-se, agora, apresentar alguns contornos da audiência de custódia, em especial o seu conceito, a origem do instituto e aspectos em relação ao procedimento de sua realização no judiciário, com análise de pesquisa empírica efetivada.

3.1 Conceito

A audiência de custódia, também conhecida como audiência de garantia ou de apresentação – o *arraignment* –, é instrumento de humanização do processo penal, no tocante à pessoa presa em flagrante, pois assegura sua célere apresentação a um juiz competente.

Carlos Velho Masi assim a define:

É o ato judicial pré-processual que assegura a garantia que todo cidadão preso em flagrante tem (deveria ter) em face do Estado de ser apresentado pessoalmente e com rapidez à autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro) competente para a aferição da legalidade de sua prisão (princípio do controle judicial imediato). (MASI, 2015, pp. 77-120).

Vinícius de Assis Romão lembra que, depois do lançamento do “Projeto Audiência de Custódia”, no mês de fevereiro de 2015, “o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do ato processual na ADI 5240, em 20.08.2015”. A mesma Corte Suprema “em 09.09.2015, julgou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, determinando a obrigatoriedade da realização das audiências pelos Tribunais estaduais e federais de todo o país.” (ROMÃO, 2017, pp. 307-345).

Fauzi Hassan Choukr, depois de discorrer a respeito da inevitabilidade de adaptação “do processo penal à cultura e normatividade constitucionais”, sustenta que a audiência de custódia “é mais um exemplo da dificuldade de compreender e atuar o inevitável alinhamento do ordenamento interno às normas internacionais de proteção a direitos e garantias fundamentais”, não obstante em relação a elas exista a necessidade de “adaptar nossa legislação mas – e sobretudo – como em redefinir nossas práticas por meio de uma nova cultura.” (CHOUKR, 2016, s.p.).

E o Ministro Luiz Fux, em seu voto como relator da ADIn 5.240, observou que a melhor denominação para esse instrumento é “audiência de apresentação, porque audiência de custódia dá a ideia de que uma audiência é para custodiar e, ao contrário, não liberar eventualmente, diante das circunstâncias do caso concreto”. S. Exa. aduziu que essa audiência “tem interferido diretamente na obstrução de prisões ilegais e, *a fortiori*, nesse abarrotamento do sistema prisional brasileiro.” (STF - ADIn 5.240, 2016).

Assim, com essas considerações, pode-se dizer que a audiência de custódia tem umbilical relação com o princípio do controle judicial imediato, e constitui-se na efetivação do direito da pessoa presa em flagrante, de ser imediatamente apresentada pessoalmente à autoridade judicial competente, que analisará a legalidade do ato de privação da liberdade, bem como sua necessidade e adequação, a partir da entrevista do preso promovida pelo Juiz, juntamente com membro do Ministério Público, Defensoria Pública ou Advogado constituído.

Além do mais, como essa audiência é portentoso instrumento garantidor de direitos fundamentais, o Juiz apreciará eventuais casos de tortura e maus-tratos, em atendimento a máxima constitucional disposta no inciso III do artigo 5º, de acordo com o qual “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. (BRASIL, Constituição Federal. 1.988). Bem por isto, o artigo 8º, VI, da resolução, impõe ao magistrado o dever de ao preso “perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis” (BRASIL, CNJ, Resolução 213).

3.2 Surgimento da audiência de custódia

Aqui, busca-se esclarecer os antecedentes da instituição do “Projeto da Audiência de Custódia”, no Brasil, em 2.015, em parceria do CNJ com os Tribunais de Justiça Estaduais.

Em verdade, como registra Choukr, “a regulação jurídica no Brasil da audiência para verificação da legalidade da prisão” existe desde 1989 “como ato facultativo, na Lei da Prisão Temporária e como ato obrigatório nas hipóteses determinadas no Código Eleitoral”. Não obstante, o mesmo autor menciona a dificuldade da coletividade e de agentes do direito na aceitação desse instrumento, e, considerando-se as previsões anteriores, atrás lembradas, indaga: “Porque, então, a reação quase odiosa por essa implantação adotada por segmentos de operadores do direito que ganhou espaço na ‘grande mídia’ e na jurídica?” (CHOUKR, 2016, s.p.).

Num primeiro momento, em razão dessa postura avessa à garantias, os tribunais trilharam por caminhos distintos em relação a aplicação do novo instrumento.

Choukr lembra que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), no julgamento do Habeas Corpus nº 1.358.323-2, para delinear o seu posicionamento a respeito do tema, empregou a interpretação dos compromissos internacionais subscritos pelo Brasil, dos quais se extrai “como essencial que se dê a imediata apresentação do preso ao Juiz”. E anota que, na referida decisão, fundamentou-se o tribunal com as seguintes observações, dentre outras:

[...] Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos

ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional. [...] Nesse contexto, o controle de convencionalidade das leis pela jurisdição contribui para que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais sejam incorporados às decisões judiciais, permitindo a interiorização deste consenso por meio das decisões judiciais. Deste modo, a jurisdição constitucional funciona como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos, na medida em que, a partir da compreensão crítica da realidade, sob o prisma direitos humanos, aplica este consenso no âmbito interno, operando, assim, como ferramenta de transformação social. (CHOUKR, 2016, s.p.).

Mas, com entendimento oposto, em suas primeiras decisões a respeito do tema o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) ecoou “a cultura que se quer superar posto que, por um lado, não consegue alcançar as bases metajurídicas reconhecidas pelo Tribunal paranaense e, por outro, opera a mesma desconstrução que tanto ainda se faz sentir na constitucionalização do processo penal”, e com essa postura “busca fazer com que a Convenção ‘caiba’ na (in)cultura do CPP e suas malsinadas reformas pontuais”. Na sequência, o autor lembra que o referido tribunal afirmou, no julgamento do Habeas Corpus nº 2016152-70.2015.8.26.0000, relatado pelo Des. Guilherme Souza Nucci, que o Delegado de Polícia – o mesmo que formalizou a prisão –, é a autoridade competente para a audiência, não obstante o pacto mencione, claramente, a autoridade judicial:

No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante (...). Assim, in concreto, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante. (CHOUKR, 2016, s.p.).

Essas decisões, com posicionamentos diametralmente opostos, bem demonstram que, num primeiro momento, a implantação das audiências de custódia sofreu resistências, ignorando-se as agudas afirmações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, baseada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), no Caso Tibi x Equador:

El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la dopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia (CHOUKR, 2016, s.p.).

Porém, quando do julgamento da ADIn 5.240, apresentada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL, em 20 de agosto de 2015, o Supremo Tribunal Federal, por seu plenário, vencido o Ministro Marco Aurélio, entendeu pela constitucionalidade da audiência de custódia e do Provimento conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo. O Min. Relator, Luiz Fux, registrou em seu voto que “a Convenção

Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e *erga omnes*, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia”, tratando-se de norma já internalizada no Brasil desde 1992, quando da recepção do Pacto de San José da Costa Rica.

Não bastasse, pouco tempo depois, em 09 de setembro de 2015, quando do julgamento da ADPF 347, que acabou por afirmar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional pátrio, a mesma Corte Suprema determinou a obrigatoriedade da realização das mencionadas audiências em todos os juízes e tribunais, em até noventa dias, para dar efetividade aos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, notadamente aos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, bem como às normas constitucionais e infraconstitucionais relativas às garantias do preso provisório.

Assim, o “Projeto de Audiência de Custódia”, fruto da já mencionada Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, foi progressivamente implantado nos Tribunais de Justiça Estaduais, e é fruto da aplicação de tratados internacionais que dispõem acerca dos direitos cíveis dos homens e de suas garantias, e de direitos humanos. Hoje, todos os 26 estados brasileiros e o Distrito Federal implantaram as audiências de custódia.

Na sequência deste trabalho, pontuais aspectos relativos à prisão e à audiência de custódia serão abordados à luz do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos da ONU, de 1.966, e da Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de “Pacto de San José da Costa Rica”, de 1.969, pois tais convenções apontam a necessidade à proteção e garantia de direitos ao preso.

3.2.1 Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos – ONU – 1.966

Com o reconhecimento formal da dignidade inerente à todas as pessoas, sem que se admita qualquer distinção, a partir da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1.948, pelas Nações Unidas, os Estados-membros que aderiram à ela buscaram métodos para o alcance da igualdade entre os povos, bem como de outros direitos humanos.

Alicerçado no que está disposto na referida declaração universal, no ano de 1.966 a Assembleia Geral das Nações Unidas iniciou a elaboração de diferentes tratados universais que visavam proteger direitos específicos.

Como fruto desse empenho, a Assembleia Geral redigiu dois pactos que versam sobre direitos inerentes a todos, sendo o primeiro pertinente aos direitos cíveis e políticos, e o segundo pacto relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Embora redigido em 1.966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos somente entrou em vigor em 1.976, quando ocorreu a integralização do requisito do número mínimo de adesão por parte dos Estados.

No Brasil, referido pacto internacional foi recepcionado por meio do Decreto-Legislativo n. 226/1991, com o envio à ONU, quando de sua aprovação, da Carta de Adesão, de maneira que o pacto entrou em vigor em abril de 1.992, no Brasil, sendo, pois, internalizado ao sistema normativo pátrio. (LEITE e MAXIMIANO, 2017, s. p.).

No que diz respeito à Audiência de Custódia, interessante a disposição encontrada no artigo 9, item 3, do mencionado tratado, vazado nos seguintes termos:

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. (...). (MELLO, 1.997, p. 566).

Pode-se observar, nesta primeira parte do item 3, artigo 9, que em respeito às garantias fundamentais de liberdade e presunção de inocência, há a preocupação na célere apresentação do preso à autoridade judicial competente, para a análise da prisão e a tomada de decisões cabíveis, compreendendo também a liberdade.

Em continuação, na parte final do citado artigo, revela-se a regra que é corolário da garantia da liberdade, a saber, a excepcionalidade da prisão provisória:

(...) A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão a audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (MELLO, 1.997, p. 566).

Com base em tal artigo, vê-se que a prisão provisória não deve ser tomada como regra, em decorrência do consagrado princípio da presunção de inocência e do direito fundamental à liberdade, pois, de acordo com o inciso LXVI, do artigo 5^a, da Carta Magna, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. (BRASIL, Constituição Federal, 1.988).

Assim, tem-se que a audiência de custódia (ou de garantia ou de apresentação) está em conformidade com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da ONU, de 1966,

3.2.2 Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – 1969

Determinada a reafirmar as disposições encontradas na Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos Pactos Internacionais da ONU, a OEA – Organização dos Estados

Americanos –, em 1.969, em sua convenção, redigiu o denominado “Pacto de San José da Costa Rica”, documento que visa solidificar o regime democrático de direitos e liberdades concernentes aos homens.

Logo em seu capítulo II, o referido tratado dispôs acerca dos Direitos Civis e Políticos, reiterado, em suma, as disposições do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

O direito à liberdade foi enfatizado no artigo 7º, observando-se em seu item 5 fundamento para a audiência de custódia, nos seguintes termos:

Art. 7º. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (MELLO, 1.997, p. 600).

Nota-se que algumas alterações foram feitas em relação ao tratado internacional da ONU, sendo que o direito a liberdade foi realçado e colocado como regra, obtemperando-se a possibilidade de condicionamentos para a libertação do preso. E, nesse contexto, a prisão é tida como a *ultima ratio*.

O Pacto de San José da Costa Rica entrou em vigor em setembro de 1.992, quando, pelo Decreto n. 678/1992, o Brasil se tornou signatário de tal tratado. E, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, o referido pacto tem caráter supralegal, isto é, ajustado às normas constitucionais e hierarquicamente superior às demais leis (STF, 2009).

Diante da necessidade de cumprimento do que fora pactuado, tendo em vista o seu caráter supralegal, e considerando-se o excessivo número de pessoas presas provisoriamente, sobrevieram as inovações trazidas pela Lei 12.403/2011, que impuseram ao Juiz a possibilidade de relaxamento do flagrante, da liberdade sem ou com a imposição de outras medidas cautelares, e de conversão da prisão em flagrante delito em prisão preventiva somente em última circunstância. Na mesma esteira de cumprimento do mencionado pacto, em 2.015 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 213, do CNJ, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de até 24 horas.

Em outros Estados esse prazo varia de 6 a 72 horas: “na Argentina, o prazo é de 6h; no Chile, 24h; no Peru, México e EUA, 48h; na Colômbia, 36h; na Espanha, 72h” (MASI, 2015, pp. 77-120).

Nota-se que em todos eles a preocupação é da apresentação imediata, em atendimento ao Pacto de San José da Costa Rica.

3.3 Resolução nº. 213 do Conselho Nacional de Justiça e os principais aspectos da audiência de custódia: a efetivação de direitos do preso – análise de pesquisa de campo

Como já asseverado neste trabalho, em dezembro de 2015 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 213, que disciplinou a apresentação do preso em flagrante delito à autoridade judicial competente.

Essa Resolução visa dar efetividade à garantias previstas no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da ONU, e no Pacto de San José da Costa Rica, proporcionando-se ao preso a proteção de seus direitos fundamentais, tais como a liberdade, presunção de inocência e respeito à sua integridade física, psicológica e moral.

Na audiência, “o juiz ouvirá o próprio preso, a acusação e a defesa, exclusivamente sobre questões concernentes, direta ou indiretamente, à prisão e suas consequências, à sua integridade física e psíquica e aos seus direitos”. Depois, com base no artigo 310 do Código de Processo Penal, proferirá uma decisão fundamentada sobre a manutenção ou não da custódia provisória (MASI, 2015, pp. 77-120).

De fato, conforme dispõe o artigo 4º da resolução em análise, na audiência de custódia, além da presença obrigatória do Juiz, também participarão o membro do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso o acusado não possua advogado constituído. Outrossim, em consonância com o seu parágrafo único, “é vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia”.

Cumprido anotar que, ao presidir a audiência de custódia, o Magistrado não poderá adentrar ao mérito dos fatos que levaram à prisão em flagrante, conforme reza o inciso VIII do artigo 8º:

Art. 8º. Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:
VIII – abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objetos do auto de prisão em flagrante. (BRASIL – CNJ. – Resolução nº 213, 2015).

O escopo principal da audiência de custódia é efetivar as garantias constitucionais ao preso em flagrante, em face do que o Juiz deverá indagar ao encarcerado as circunstâncias em que foi detido, o tratamento que lhe foi dispensado nas unidades em que esteve antes da audiência, se houve a prática de maus-tratos ou de qualquer outro tipo de violência, dentre outras providências que estão consignadas no artigo oitavo da referida resolução.

Por serem partes indispensáveis à audiência, conforme declina a resolução, e em atendimento à garantia do contraditório, corolário do devido processo legal, logo depois da oitiva procedida pelo Juiz haverá a possibilidade de perguntas apresentadas pelo membro do

Ministério Público e pela Defensoria Pública ou Advogado constituído pelo preso, desde que não adentrem ao mérito dos fatos motivadores da prisão.

Em seguida, o Magistrado decidirá nos termos da previsão contida no artigo 310 do Código de Processo Penal.

Ainda a respeito da audiência que aqui se aborda, tem-se interessante estudo empírico realizado no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, entre maio e junho de 2016, publicado por Vinícius de Assis Romão, que colheu declarações de Promotores de Justiça, Defensores Públicos, Magistrados e Advogados, além de analisar os autos de prisão em flagrante relacionados às audiências e acompanhar como elas se desenvolveram. Alguns dados dessa pesquisa de campo merecem registro. O resultado desse trabalho empírico está publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, volume 128, de fevereiro de 2017 (ROMÃO, 2017, pp. 307-345).

Durante o período, “foram acompanhados 03 expedientes de audiências de custódia, realizadas em três dias úteis distintos”, com dois Juízes, dois Promotores de Justiça e dois Defensores Públicos distintos, dado que permite verificar de modo mais abrangente as posturas adotadas nessas audiências pelos “atores processuais”, e não por um isolado agente do direito.

No primeiro dia: ocorreram 10 audiências, tendo sido 11 pessoas conduzidas. No segundo dia: 09 audiências, com 10 pessoas conduzidas. No terceiro dia: 09 audiências, com 14 pessoas conduzidas. No total, foram acompanhadas 28 audiências, com oitiva de 35 pessoas conduzidas (34 homens, 01 mulher). Dentre elas, 25 foram assistidas pela Defensoria Pública e 10 foram defendidas por advogados particulares. A prática do Núcleo de Prisão em Flagrante é de considerar a realização de uma audiência para cada auto de prisão em flagrante – APF, mesmo quando nele sejam ouvidos dois conduzidos, separadamente. (ROMÃO, 2017, pp. 307-345).

Na sequência, o autor informa que em 6 (seis) dessas audiências ocorreram “debate sobre a legalidade do flagrante”, e em 3 (três) delas o debate versou “sobre a legalidade do flagrante” e se “tiveram relação com violência estatal” consistente em “ameaças, violação de domicílio para buscas sem mandado e detenção arbitrária com cárcere privado ilegal de suspeitos”. (ROMÃO, 2017, pp. 307-345).

Em relação às 35 pessoas conduzidas para as audiências de custódia (ou de apresentação ou de garantia), as decisões prolatadas pelos Juízes de Direito foram expostas no quadro seguinte:

Relaxamentos de Prisão	04
Liberdade com cautelares	19
Conversão em Prisão Preventiva	12

Nota-se que das 35 pessoas presas em flagrante apenas 12 continuaram presas. As outras 23 obtiveram a liberdade provisória com aplicação de outra medida ou tiveram a prisão relaxada, de modo que “as impressões quanto ao potencial da audiência de custódia em reduzir o ingresso de pessoas no sistema carcerário foram positivas” e “parece notório o indicativo de que a conversão em preventiva pode não estar sendo aplicada de modo automático. Em todos os expedientes, o número de pessoas soltas foi maior do que o de pessoas mantidas encarceradas.” (ROMÃO, 2017, pp. 307-345).

Do total de pessoas presas, 11 delas relataram terem sofrido violência e acabaram recebendo a liberdade.

Neste tópico da pesquisa chama a atenção que apenas 15 das 35 pessoas detidas em flagrante foram indagadas a respeito do sofrimento de alguma violência ou maus-tratos, sendo 14 delas indagadas por Juiz de Direito e 1 por Advogado. Estes dados levaram o pesquisador a concluir que, não obstante o papel que defesa e órgão acusador devem assumir no tocante à fiscalização do respeito à lei e aos direitos humanos/fundamentais, “o juiz parece ter uma posição central no processo de visibilidade dos casos com suspeita de violência de agentes estatais”, uma vez que, “na maioria das audiências assistidas, a pessoa conduzida apenas informa sobre arbitrariedades, torturas ou maus tratos quando é questionada pelo juiz.” Outrossim, a percepção é a de que “a defesa e o Ministério Público basicamente ignoram a questão. Nas poucas vezes em que se manifestam no sentido da averiguação de alguma violência, o fazem somente após o relato – espontâneo ou provocado pelo juiz – do preso.” Ademais, “somente o Ministério Público requereu, uma vez, a adoção de uma medida institucional.” (ROMÃO, 2017, pp. 307-345).

De se observar que, conforme esses dados, o artigo 8º, VI, da Resolução 213 do CNJ não foi cumprido em relação a 20 das 35 pessoas presas, não indagadas a respeito de como foram tratadas nos locais por onde passaram, nem quanto à ocorrência de tortura e maus tratos, com a adoção de “providências cabíveis”. E, em relação as 11 que disseram terem sofrido violência, houve apenas um pedido (do Órgão do Ministério Público) para a adoção de medida, o que viola o disposto no artigo 11 da mesma resolução:

Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado. (BRASIL, CNJ, Resolução 213).

Ainda, consoante o pesquisador, um dos Juízes (por ele identificado como “B”) “não indagou para nenhum dos 14 presos se sofreram algum tipo de violência ou se fizeram exame

de corpo de delito”. O outro Magistrado (identificado como “A”) “se restringia a perguntar se a pessoa tinha sido submetida a exame” e se dava por satisfeito com a resposta positiva; “somente em alguns casos era um pouco mais direto e indagava se o preso tinha algo a reclamar.” Ademais, mesmo quando o preso dizia ter sido torturado e apontava o lugar do corpo em que estavam as marcas (cobertas pela vestimenta), as reclamações eram ignoradas. “Não havia um procedimento padrão para averiguação da integridade física das vítimas de violência estatal”, além do que, em alguns casos, depois de indagados pelo Juiz a respeito de agressão e marcas deixadas, “mesmo os conduzidos respondendo que sim, indicando local coberto por vestimenta, como tórax e costas, verificou-se a ausência de adoção de providências para visualização e registro das lesões”, com manifesta ofensa ao artigo 11 e seus parágrafos, da Resolução 213 do CNJ. (ROMÃO, 2017, pp. 307-345).

Deste registro se verifica que não basta a realização da audiência de custódia (ou de apresentação ou de garantias) apenas para o formal cumprimento da resolução do Conselho Nacional de Justiça. É imperativo que haja compromisso de todos os agentes do direito nela envolvidos com a seriedade de suas finalidades, sem o que é possível que presos continuem a ser impunemente violados em seus direitos, inclusive os relacionados à integridade física.

Outro dado da pesquisa que merece registro, dada a relevância, é o relativo à raça das pessoas detidas. O autor lembra que, para o IBGE, o Ministério da Justiça e o Ministério da Saúde, “seguindo grande parte dos estudos sobre a questão racial no Brasil, considera-se os fenótipos de cor preta e parda como pertencentes à construção social da raça negra”. Observado esse critério, tem-se que, de todas as pessoas presas em flagrante e conduzidas nas trinta e cinco audiências acompanhadas, nenhuma era branca. Todas eram negras, isto é, registradas como “negras”, “pardas”, ou “pretas”. (ROMÃO, 2017, pp. 307-345).

Esse dado aponta para mais uma utilidade da audiência de custódia, a saber, a constatação, pelos agentes do direito que dela participam, da atuação seletiva dos órgãos de repressão, inclusive no ato da opção pela prisão em flagrante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o Brasil é subscritor de tratados internacionais que impõem o respeito aos direitos humanos e fundamentais da pessoa presa, em especial, no que concerne ao foco dado neste trabalho, vale dizer, a sua imediata apresentação a autoridade judicial competente, com a investigação a respeito do sofrimento de alguma ofensa à integridade física ou moral. De forma manifesta, tem-se a previsão contida no artigo 7º, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica e no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Referidos pactos só foram ratificados pelo Brasil em 1992, pois, antes, havia o obstáculo do regime político da autocracia, que na América Latina é nominado como ditadura. De qualquer forma, a partir da ratificação, com a autorização para a adesão fazia-se necessário que providências fossem tomadas para que o preso tivesse concretizado o seu direito de, efetivamente, ser apresentado imediatamente ao Magistrado, não bastando a remessa de cópia do auto de prisão em flagrante ao judiciário.

Destarte, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 213, em 2015, e paulatinamente foram implantadas pelos Tribunais de Justiça dos estados as audiências de custódia, denominada por alguns de audiências de apresentação e por outros de audiências de garantia.

Observou-se, no desenvolvimento deste trabalho, a clara a finalidade dessa audiência, a saber, a redução de casos de variadas formas de violações – inclusive as físicas – aos direitos das pessoas presas, além da efetiva observância da legalidade na efetivação do flagrante e sua formalização pela Autoridade Policial. Outrossim, essa audiência gera mais rápido e imediato contato do preso com o Magistrado, de modo a permitir melhor formação do juízo de convencimento a respeito da necessidade ou não de manutenção da custódia, mediante sua conversão em prisão preventiva.

E, não obstante os problemas apontados ao longo deste trabalho, em especial a partir dos dados empíricos publicados por outro pesquisador, é certo que quase 50% das pessoas presas têm obtido a liberdade, seja por força do relaxamento do flagrante, seja pela liberdade provisória com ou sem a determinação de outra medida cautelar.

Assim, de uma ou outra forma, com maior ou menor êxito em relação à investigação a respeito de maus tratos e torturas, ao menos para evitar o desnecessário encarceramento as mencionadas audiências têm cumprido sua elevada e importante finalidade. Esse resultado já constado coopera para que não ocorra inchaço ainda maior no sistema prisional pátrio, que conta, como visto alhures, com superpopulação, o que gera constantes violações a outros direitos humanos e fundamentais da pessoa detida.

Quando do julgamento da já mencionada ADIn 5.240, no Supremo Tribunal Federal, em 20 de agosto de 2015, o então presidente daquela Corte e do CNJ, Ministro Ricardo Lewandowski cogitou que cerca de “cento e vinte mil pessoas, cidadãos, presos em flagrante”, haveriam de obter a liberdade naquele ano, a partir das audiências aqui analisadas. Conforme suas palavras, “isso representa, considerando o custo de cerca de R\$ 3.000,00 (três mil reais) em média por preso para os cofres públicos, uma economia mensal de R\$ 360.000,000,00 (trezentos e sessenta milhões de reais)”, o que equivale a dizer que “nós

teremos uma economia de 4,3 bilhões de reais por ano, que poderiam ser aplicados em educação, saúde, enfim os serviços públicos essenciais.” (STF, ADIn 5.240, 2016).

Deste modo, tanto os dados extraídos da pesquisa realizada por Vinícius de Assis Romão como as previsões do então presidente do STF e CNJ indicam que a audiência de custódia – ou de apresentação ou de garantia – deve ser realizada em todas as Comarcas e valorizada por Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos e Advogados como portentoso instrumento para que sejam evitadas prisões desnecessárias e minorados os casos de violações aos direitos das pessoas presas em flagrante delito.

Assim, no procedimento relativo à prisão em flagrante, o Magistrado deixa de exercer um papel meramente burocrático, ao receber a cópia do auto elaborado pela Autoridade Policial, e passa a agir no controle efetivo da legalidade, necessidade e proporcionalidade da medida.

Em suma, a audiência de custódia robustece a necessária humanização do processo penal, pois é inequívoco instrumento de garantias constitucionais aos presos em flagrante, cumprindo, inclusive, o relevante papel de prevenir ilegalidades nas ações de policiais militares e civis.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº. 213 de 15/12/2015.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

_____. **Conselho Nacional de Justiça – CNJ.** Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2016.

_____. **Conselho Nacional de Justiça – CNJ.** Reunião especial de jurisdição – Levantamento dos presos provisórios no Brasil. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. **Conselho Nacional de Justiça.** Dados Estatísticos/Mapa de Implantação. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

_____. **Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.** A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional_web_final.PDF>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2.016.

_____. **Decreto-lei nº. 3.689/1941 - Código de Processo Penal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 17 mai. 2017.

_____. **Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Julho 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos**. Publicação em 23 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal – ADIn 5.240**. Julgamento em 20.08.2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicação: DJe 01.02.2016. Revista dos Tribunais, vol. 967 – fevereiro de 2016, p. 419. São Paulo: RT, 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347 - MC/DF - Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Julgamento em: 09.09.2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília: DJe. 031, divulg. 18.02.2016, public. 19.02.2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF) Recurso Extraordinário nº 580.252 / Mato Grosso do Sul**. Julgamento em: 16.02.2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

CANES, Michèle. **Brasil poderá ter mais de 1 milhão de presos até 2022, diz Cardozo**. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/2015/06/brasil-podera-ter-mais-de-1-milhao-de-presos-ate-2022-diz-cardozo>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas (algo sobre Nietzsche e o Direito)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris – 2013.

CASTELO BRANCO, Tales. **Da prisão em flagrante**. 2ª. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Aurora (ou o caso?) da audiência de custódia na leitura dos tribunais**. Disponível em: <academia.edu/13796988/AURORA_OU_OCASO_DA_AUDIÊNCIA_DE_CUSTÓDIA_NA_LEITURA_DOS_TRIBUNAIS>. Acesso em: 30 mar. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Lista de Países**

Signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em: 12 mai. 2017.

LEITE, Antônio José Maffezoli., e MAXIMIANO, Vitore André Zilio. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado5.htm>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

MASI, Carlo Velho. **A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento.** Revista dos Tribunais, vol. 960, outubro de 2015, pp. 77-120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Público – Tratados e Convenções.** 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1.997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 14ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2017.

ONU. **CNE – Comissão Nacional de Eleições – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e políticos.** Disponível em: <<http://www.cne.pt/content/onu-pacto-internacional-sobre-os-direitos-civis-e-politicos>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

ROMÃO, Vinícius de Assis. **A violência estatal contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiências de custódia em Salvador.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 128, fevereiro de 2017, pp. 307-345. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A erosão da autoridade.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2017/01/1847853-a-erosao-da-autoridade.shtml>>. Acesso em: 07 jan. 2017.